Der Mensch als Werkzeug.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Heinrich von Michael,

Großherzogl. Meckl. Referendar aus **Neustrelitz.**

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1914.

Referent: Herr Prof. Dr. Wachenfeld.

Literatur-Verzeichnis.

1. Asch. Abweichung zwischen Anstiftervorsatz und Täterhandlung. Diss. Posen 1912.
2. von Bar. Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Berlin 1907.
3. Bauer. Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. Annalen des Deutschen Reichs, 1902, Nr. 12, S. 886 ff.
4. Beling. Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 28, Heft 6, S. 587 ff.
5. Berner. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Auflage 1898.
6. Binding. Grundriß des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Leipzig 1913.
7. Binding. Grundriß des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1906.
8. Birkmeyer. Die Lehre von der Teilnahme. Berlin 1890.
9. Bisoukides. Anstiftung und Aufforderung in Festschrift für Franz von Liszt, S. 80 ff. Berlin 1911.
10. Borchert. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.
11. Brauer. Der dienstliche Befehl zum Verbrechen auf Grund der Straflosigkeit. Gerichtssaal, Bd. VIII, S. 381 ff.
12. v. Buri. Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart 1885.
13. van Calker. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht. München-Leipzig 1891.
14. Clemens. Mittelbare Täterschaft. Diss. Greifswald 1912.
15. Deerberg. Kann es nach dem Gesetze des Deutschen Reiches eine strafbare Anstiftung oder Hilfeleistung zu

Handlungen geben, welche von Personen unter 12 Jahren begangen werden. Diss. Oberhausen 1899.

16. Finger. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, Berlin 1904.
17. Frank. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8. Aufl. Tübingen 1912.
18. Gierlich. Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Diss. Dillenburg 1909.
19. Girginoff. Der bindende Befehl im Strafrecht. Diss. Borna-Leipzig 1904.
20. Größler. Die Grenzen der Gehorsamspflicht nach Deutschem Recht. Diss. Berlin 1908.
21. Hälschner. Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. I, Bonn 1881.
22. Heilborn. Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. Festschrift für Otto Giercke, S. 125, Weimar 1911.
23. v. Helldorf. Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide. Diss. Halle 1895.
24. Hergt. Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
25. Höpfner. Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Zeitschrift f. d. g. St. W., Bd. 22, S. 205, Berlin 1901.
26. Kohler. Studien aus dem Strafrecht, Bd. I. Mannheim 1890.
27. Kröll. Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht. Diss. Breslau 1909.
28. Laband. Staatsrecht des Deutschen Reiches, III. Aufl., Bd. I.
29. Lehmann. Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen. Diss. Berlin 1911.
30. Lewkowicz. Die Verpflichtung des Staatsbeamten, rechtswidrige Befehle seiner Vorgesetzten zu befolgen. Diss. Breslau 1911.
31. Liste. Die Gehorsamspflicht des Beamten. Diss. Borna-Leipzig 1909.
32. v. Liszt. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Aufl. Berlin 1914.
33. Loening. Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs. Jena 1889.
34. Loewenheim. Der Vorsatz des Anstifers nach geltendem Recht. Breslau 1897.

35. Majer. Ein Beitrag zu der Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Diss. Tübingen 1905.
36. Mayer, Max Ernst. Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. Festschrift für Laband. Tübingen 1908.
37. Meyer-Allfeld. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 7. Aufl. Leipzig 1911.
38. Meves. Deutsche Strafrechtspraxis. Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, III. Jahrg. Leipzig 1873.
39. Mittermaier. Gutachten über § 300 R. St. G. Bs. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 31, S. 197 ff. Berlin 1901.
40. Mößmer. Die mittelbare Täterschaft. München 1892.
41. Nagler. Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.
42. Neumeister. Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus. Diss. Greifswald 1900.
43. von Nostiz-Wallwitz. Das militärische Delikt des Ungehorsams. Diss. Leipzig 1906.
44. Olshausen. Komm. zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 9. Aufl., Bd. I. Berlin 1912.
45. Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen, Bd. 1, 3, 6, 15, 18, 24, 28, 31, 39.
46. Rissom. Der rechtswidrige Befehl. Militär-rechtliche Studien. Festschrift zum 1. Oktober 1910, S. 197. Mannheim-Leipzig 1910.
47. Ronde. Mittelbare Täterschaft. Diss. Borna-Leipzig 1907.
48. Schminke. Die mittelbare Täterschaft. Diss. Braunschweig 1911.
49. Schütze. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1874.
50. Stoll. Begriff und Umfang der akzessorischen Natur der Teilnahme. Diss. Bayreuth 1912.
51. Sülflow. Der Befehl im Strafrecht. Diss. Thorn 1910.
52. Thielke. Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und des Soldaten bei gesetzwidrigen Befehlen des Vorgesetzten. Diss. Königsberg 1911.
53. Tiessen. Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls. Diss. Königsberg 1911.
54. Thomsen. Das Deutsche Strafrecht, allgem. Teil. Berlin 1906.
55. Tosetti. Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht 12jähriger Personen. Diss. Düsseldorf 1908.

56. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Allgem. Teil. Berlin 1909.
57. Wachenfeld. Strafrecht in von Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. II. Leipzig-Berlin 1904. 1. Auflage.
58. Wachenfeld in „Kritische Vierteljahrschrift", neue Folge, Bd. 15. München-Leipzig 1892.

Einteilung.

Seite

I. Die Anstiftung und ihre Grenzen gegenüber der Täterschaft 9

II. Behandlung der Fälle, in denen der Mensch als Werkzeug des Täters (mittelbaren Täters) erscheint 20

A. Der Ausführungsperson steht ein Schuldausschließungsgrund zur Seite 24

B. Die Ausführungsperson ist zum Handeln berechtigt 33

C. Die Ausführungsperson steht vor der Vollendung des strafmündigen Alters 36

D. Die Ausführungsperson handelt auf Grund rechtswidrigen Befehls 43

E. Ergebnis 64

III. Erörterung der Frage, ob das R. St. G. B. uns zwingt, die Möglichkeit eines „Dolosen Werkzeugs" anzunehmen 66

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553613_0040

Die Anstiftung und ihre Grenzen gegenüber der Täterschaft.

Selbst der Gewohnheitsverbrecher wird vor der Begehung eines Delikts sich eines Gefühls der Bangigkeit nicht erwehren können, welches teils aus seiner besseren Einsicht, teils aus der Furcht vor einer möglichen Entdeckung resultiert, ein Gefühl, das ihn bei Begehung des Delikts unsicher macht, zu Fehlern verleitet und häufig zur Vereitelung oder Entdeckung der Tat geführt hat. Nichts ist aber imstande, die Entschlossenheit und Sicherheit des Handelnden so zu heben, als das Bewußtsein, den Ereignissen nicht allein gegenüberzustehen, sondern Helfer zu haben, welche einen Teil der Handlung und damit auch einen Teil der Verantwortung auf sich nehmen.

Diese Erkenntnis hat sich auch der Verbrecher zu Nutze gemacht, indem er nach Genossen sucht zur Ausführung seiner Pläne, einerseits des erwähnten moralischen Eindrucks wegen, sodann aber auch aus praktischen Gründen, nämlich: zur Vermehrung der eigenen Sicherheit, zur gründlicheren Ausbeutung der geschaffenen Situation, und endlich nicht zuletzt zum Verbergen der eigenen Tat auf Kosten des Genossen.

So kommt es, daß ein Verbrechen häufig als Folge der Tätigkeit mehrerer Personen erscheint, welche nun je nach der von ihnen entwickelten Tätigkeit eine verschiedene Stellung einnehmen. Während die Tätigkeit der einen bei Ausführung des Verbrechens als durchaus selbständig anzusehen ist, leisten die anderen dem Täter durch „Rat und Tat" Hilfe. Sie werden zu Teilnehmern an fremdem Verbrechen und ihre Tätigkeit wird als akzessorisch bezeichnet[1]).

Während von der Strafrechtswissenschaft allgemein der physische Täter (Mittäter), d. h. derjenige, welcher selbständig, durch eigene Tätigkeit den Tatbestand eines Verbrechens erfüllt, als selbständig, der Gehilfe als akzessorisch beteiligt, angesehen wird, besteht lebhafter Streit, welcher von beiden Kategorien die Tätigkeit des Anstifters zuzuweisen ist. Während die eine Ansicht dahin geht, der physischen Urheberschaft des Täters die Anstiftung als intellektuelle, der ersteren gleichwertige Urheberschaft gegenüberzustellen, will die andere Meinung die Anstiftung als eine Form der akzessorischen Teilnahme an fremdem Verbrechen auffassen.

Dieser in der Theorie bestehende Streit verliert für das R. St. G. B. jede Bedeutung, da schon aus dem Wortlaut des § 48 R. St. G. Bs. klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber die Anstiftung nicht als eine Art der Täterschaft, sondern als eine Art der Teilnahme aufgefaßt wissen will.

Denn der Umstand, daß die Anstiftung ausdrücklich in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Täterhandlung ge-

[1]) Vergl. Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifters, S. 3.

bracht wird, schließt die Annahme der Anstiftung als intellektuellen Urheberschaft dem geltenden Recht gegenüber aus. Diese Tatsache wird von der Rechtswissenschaft allgemein zugegeben[1]).

Eine einzige Ausnahme bildet Kohler[2]), der es unternimmt, seine Auffassung der Anstiftung als intellektuellen Urheberschaft auch dem bestehenden Gesetz gegenüber zu verteidigen, doch erscheint seine Ansicht durch Loewenheim[3]) hinlänglich widerlegt.

So läßt sich denn die Anstiftung definieren als „diejenige vorsätzliche psychische Einwirkung auf einen anderen, welche in demselben eine strafrechtlich relevante Tätigkeit ausgelöst hat[4])."

Obgleich es nun richtig betrachtet aus dem Rahmen dieser Arbeit hinausfällt, möchte ich doch an dieser Stelle die Behauptung von Liszts[5]) nicht unwidersprochen lassen. „Die Anstiftung trüge den Grund

---

[1]) So u. a. von Liszt, Lehrbuch, S. 226; Frank, Komm., S. 895; Wachenfeld, Strafrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 274; Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifers, S. 10; Hälschner, Das gemeinsame Deutsche Strafrecht, Bd. I, S. 393; von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II, S. 590; Olshausen, Komm. § 48, Ziffer 1.

[2]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, S. 106 ff.

[3]) Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifers, S. 13 ff.

[4]) Ich halte diese Definition geeigneter als die von v. Liszt, Lehrbuch, S. 227 und Frank, Komm. § 48 aufgestellte, wonach Anstiftung „das vorsätzliche Bestimmen eines anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung" ist; obwohl beide Definitionen sich inhaltlich decken, wird bei der von mir gewählten Form m. E. die Notwendigkeit der bereits vollzogenen Täterhandlung schärfer betont.

[5]) von Liszt, Lehrbuch, S. 227.

ihrer Strafbarkeit nicht in sich, sondern entlehne ihre Strafbarkeit aus dieser fremden Tat.“ Dies ist augenscheinlich eine Verkennung der akzessorischen Natur der Anstiftung, womit sich von Liszt m. E. in Widerspruch setzt zu dem R. St. G. B. und sogar zu der von ihm selbst gebilligten Definition. Denn nach geltendem Recht gehört die strafbare Handlung des Angestifteten so notwendig zum Begriff der Anstiftung, wie etwa die Täuschung zum Begriff des Betruges, die Drohung zum Begriff der Erpressung, und aus diesem Grunde ist die Anstiftung akzessorisch, da sie ohne die strafbare Handlung des Angestifteten in nichts zusammenfallen müßten[1]). Doch ebenso, wie es widersinnig sein würde zu sagen: der Betrug entlehne seine Strafbarkeit aus der Täuschung, die Erpressung aus der Drohung, ebenso widersinnig ist m. E. die erörterte Behauptung. Vielmehr verhält es sich folgendermaßen:

Sobald eine strafbare Handlung auf Seiten des Angestifteten vorliegt, aber auch erst dann, sind die Voraussetzungen der Anstiftung gegeben, und diese entlehnt den Grund ihrer Strafbarkeit nicht aus der fremden Tat, trägt vielmehr den Grund ihrer Strafbarkeit in sich auf Grund des § 48 R. St. G. B., während die fremde Tat ausschließlich zur Bestimmung des Strafmasses herangezogen wird.

Für die vorliegende Untersuchung ist lediglich

---

[1]) Anscheinend übereinstimmend Frank, Komm., S. 97, wenn er sagt: „Dennoch läßt sich das oben erwähnte Abhängigkeitsverhältnis der Anstiftung nicht wegleugnen, wenn man das Wesen der Akzessorität hierin findet, so wird man es zutreffend bestimmt haben.“

von Bedeutung, festzustellen, wo die Grenzen der Anstiftung gegenüber der mittelbaren Täterschaft zu ziehen sind, und zwar soll zunächst darauf eingegangen werden, ob zur Aufrechterhaltung des Begriffes „Anstiftung" der Angestiftete vorsätzlich gehandelt haben muß, oder ob ein fahrlässiges Handeln desselben als ausreichend zu gelten hat.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird lediglich eine strafbare Handlung des Täters erfordert, und daher ist es begrifflich durchaus denkbar, daß zu fahrlässigem Delikt angestiftet wird. Doch muß mit Meyer-Allfeld[1]) behauptet werden, daß die vorsätzliche Hervorrufung oder Förderung des fahrlässigen Handelns eines anderen sich richtig betrachtet als vorsätzliche (mittelbare) Täterschaft darstellt. Denn eine Anstiftung zu fahrlässigem Handeln ist nur in der Weise denkbar, daß jemand die Fahrlässigkeit eines anderen benutzt, um ihn in einen Irrtum über den wahren Inhalt der geforderten Handlung zu versetzen oder zu erhalten.

Des weiteren vernotwendigt es sich darauf einzugehen, ob zum Begriff der Anstiftung eine von dem Täter begangene strafbare Handlung, oder jedesmal eine strafbarer Täter gehört.

Diese Unterscheidung tritt bei einer Reihe von

[1]) So Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 226; von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II, S. 634; von Liszt, Lehrbuch, S. 230; besonders von Helldorf, Die mittelbare Täterschaft, Diss., S. 29; Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 22, S. 427, Bd. 30, S. 292; a. M. Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 60; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 141; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 17.

Schriftstellern nicht klar zu Tage, vielmehr findet man häufig beide Ausdrücke wahllos angewandt.

Doch ist die Trennung der Begriffe für die hier vorgenommene Untersuchung von Bedeutung, da sich je nach dem eingenommenen Standpunkte die Grenzen der Anstiftung verengern resp. erweitern. Folgen wir der einzigen im Gesetz begründeten Auffassung, welche mit dem Begriff der Anstiftung nur eine strafbare Handlung des Täters verbindet[1]), so können wir die Grenzen der Anstiftung weiter ziehen, wie die Gegner, und in den Fällen, in welchen aus individuellen, sogenannten Strafausschließungsgründen der Täter zwar strafrechtlich unverantwortlich ist, trotzdem aber eine von demselben begangene strafbare Handlung bestehen bleibt, den Begriff der Anstiftung aufrecht erhalten[2]).

Demnach ist strafbarer Anstifter und nicht mittelbarer Täter, wer einen Bundesfürsten zu einer strafbaren Handlung, einen Angehörigen zu einer Begünstigung, wer einen Gatten zu einem Diebstahl gegen den anderen Gatten verleitet.

Ebenso verhält es sich, wenn aus prozessualen Gründen der deliktsfähige Angestiftete nicht strafrechtlich verfolgbar ist. Demnach wäre Anstifter und

[1]) So von Liszt, Lehrbuch, S. 231; Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 155 Anm. und S. 156; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 127/28 und S. 21; Berner, Lehrbuch, S. 160/10 a.

[2]) So Berner, Lehrbuch, S. 160/10 a; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 127; Wachenfeld, in von Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. II, S. 270; Meyer-Allfeld, Lehrbuch, Bd I, S. 228.

nicht Täter, wer einen Exterritorialen zu strafbarer Handlung bestimmt[1]).

Schon seit langem ist es ferner Aufgabe der Strafrechtswissenschaft gewesen, eine Abgrenzung zwischen Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) einerseits und Täterschaft (Mittäterschaft) zu normieren, und diese Versuche haben im Laufe der Jahre 2 Systeme zur Ausbildung gebracht, welche wir als objektive und subjektive Teilnahmetheorien bezeichnen. Die subjektive Theorie betrachtet als ein entscheidendes Moment die Willensrichtung des Verbrechers und bezeichnet ihn als Täter, wenn er mit dem animus auctoris, als Gehilfen, wenn er mit dem animus adiutoris gehandelt hat. Diese Theorie, deren Hauptvertreter von Buri ist[2]), kennt also nur 2 Formen der Beteiligung am Verbrechen[3]), nämlich die Urheberschaft, welche durch einen selbständigen, die Beihilfe, welche durch einen unselbständigen Willen charakterisiert ist. In Wahrheit handelt es sich hier um einen Versuch, die Auffassung der Anstiftung als intellektuellen Urheberschaft, welche der lex lata gegenüber notwendig aufgegeben werden mußte, de lege ferenda beizubehalten, was ich für sehr bedenklich halte und zweifellos dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft. Schlagend beweist Birkmeyer[4]) die Unhaltbarkeit der subjektiven Teilnahmetheorie, wenn er ausführt,

[1]) So Finger, Lehrbuch, Bd. I, S. 337.

[2]) von Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, S. 124; Binding, Grundriß, allgem. Teil, § 67; im wesentlichen auch von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II, S. 390.

[3]) Hergt, Die Lehre von der Teilnahme, S. 44.

[4]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 84.

daß das Reichsstrafgesetzbuch unter der Überschrift „Teilnahme" Mittäter, Anstifter und Gehilfen unterschiede, und daß eine solche Unterscheidung sich nur auf Grund objektiver Teilnahmetheorie aufrecht erhalten lasse, da vom subjektiven Standpunkte aus eine Unterscheidung zwischen Anstiftern und Mittätern unter sich und gegenüber den Tätern und ebensowenig eine solche zwischen physischen und intellektuellen Gehilfen existiere, vielmehr jeder, der animo auctoris zum Erfolg beitrüge, als Täter, jeder, der es animo adiutoris tue, als Gehilfe behandelt würde, ohne daß, im Gegensatz zum R. St. G. B., weitere juristisch relevante Unterschiede anerkannt würden.

Trotzdem folgt das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen der subjektiven Theorie[1]), kommt aber bei konsequenter Durchführung seiner Auffassung häufig in recht schwierige Lagen. Hierauf wird später noch eingehend zurückgegriffen werden.

Im Gegensatz zu der subjektiven Theorie sucht die objektive Theorie den Unterschied zwischen Teilnahme und Täterschaft nicht in der Willensrichtung des Verbrechers, sondern in dem Maß der von ihm entwickelten Tätigkeit, und verlangt, daß der Täter sämtliche zum gesetzlichen Tatbestand des Delikts erforderlichen Tatumstände durch eigene Tätigkeit verwirklichen muß, während die des Gehilfen dieselben nicht ergeben darf[2]).

---

[1]) Z. B. Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 28, S. 110, Bd. 31, S. 80 ff., Bd. 26, S. 345 ff.

[2]) Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. I, S. 37; ähnlich Loening, Die strafr. Haftung, S. 264.

Dieses gewünschte Resultat haben die wissenschaftlichen Anhänger der objektiven Theorie auch vom logischen Standpunkte aus dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß sie einen Unterschied konstruierten zwischen einer bloßen Bedingung und der Ursache des Verbrechens, und behaupteten, der Täter setze die Ursache, der Gehilfe nur eine Bedingung zum verbrecherischen Erfolg.

M. E. muß jeder Versuch, den Unterschied zwischen „Täter" und „Teilnehmerhandlung" auf eine Unterscheidung von Ursache und Bedingung abzustellen, als mißglückt angesehen werden, denn es handelt sich hier lediglich um Worte, mit denen sich eine greifbare Vorstellung nicht verbinden läßt. Vom logischen Standpunkte ist nur die Kausalitätstheorie, welche alle Bedingungen zum Erfolg als gleichwertig erachtet, zutreffend, doch bedarf dieselbe für das Strafrecht insofern einer Einschränkung, als nur die schuldhaft gesetzte Bedingung Berücksichtigung verdient, die schuldlos gesetzte dagegen aus der Kausalitätskette ausscheidet. Doch ist diese vom logischen Standpunkte aus durchaus zutreffende Theorie nicht geeignet, um auf ihr eine Unterscheidung zwischen Täter- und Teilnehmerhandlung zu normieren, da sie uns notwendig dazu führen wird, die Handlung des Täters und die des Teilnehmers als gleichartig kausal aufzufassen.

So gibt es denn meines Erachtens nur die Möglichkeit, eine berechtigte und für alle Fälle zutreffende Unterscheidung zwischen Teilnahme und Täterschaft, ganz abgesehen von dem Maße der Kausalität in dem Maß der entwickelten Tätigkeit zu finden, und von dem

Täter eine schuldhafte Verwirklichung sämtlicher zum Tatbestand des Delikts gehöriger Tatumstände, von dem Gehilfen eine untergeordnete Tätigkeit zu verlangen[1]).

Erwähnenswert erscheint es noch, daß zwischen objektiver und subjektiver Theorie häufig vermittelnde Theorien aufgestellt sind, welche den Begriff der Täterschaft sowohl auf das objektive, wie das subjektive Moment stützen. So sagt beispielsweise Nagler[2]) „Täter im Gegensatz zu den übrigen Beteiligten ist sonach derjenige, der den verbrecherischen Erfolg verursachen will und tatsächlich auch die sämtlichen Tatbestandsmerkmale subjektiv und objektiv verwirklicht." Diese Theorie führt uns dann stets zum Ziele, wenn wir es lediglich mit „Tätern" und „Gehilfen" zu tun haben, wird aber meist versagen, wenn der Tatbestand der Anstiftung gegeben ist. Hierfür ein Beispiel:

A. veranlaßt den zurechnungsfähigen B. durch Versprechungen, eine dem C. gehörige Sache diesem für ihn, den A., fortzunehmen. B. führt die Tat aus.

Vom subjektiven Standpunkte aus wäre A., welcher den animus auctoris hat, Täter, da er sich jedoch an der Ausführung des Delikts nicht beteiligt hat, könnten wir ihn bei konsequenter Durchführung der Naglerschen Theorie lediglich als Teilnehmer betrachten. Andererseits hat der B. zwar die Ausführungshandlung schuldhaft bewirkt, hat jedoch mit dem animus adiutoris gehandelt und dürfte nach Nagler daher auch nur als Teilnehmer bestraft werden. Wir würden also zwar ein Delikt

---

[1]) Hälschner a. a. O., S. 37; Loening a. a. O., S. 264.
[2]) Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 46.

haben, aber keinen Täter, sondern 2 Teilnehmer — doch gewiß ein unmögliches Resultat.

Dieser Schwierigkeit sucht nun Nagler[1]) dadurch zu entgehen, daß er in solchen Fällen dem Willen gegenüber der Handlung die führende Rolle zuweist. So heißt es Seite 453: „In allen Fällen, wo das Bereich der beiden Tatbestandsmerkmale sich nicht deckt, bricht die Macht des Subjektiven die Kraft des Tatmomentes. Als das beherrschende, überwiegende Prinzip tritt der Wille hervor."

Mit diesem Sprung in das Lager der Subjektivisten kennzeichnet Nagler zur Genüge die Unhaltbarkeit seiner Theorie, auf welche näher einzugehen sich somit erübrigt.

[1]) Nagler a. a. O., S. 45.

II.

Behandlung der Fälle, in welchen der Mensch als Werkzeug des Täters (mittelbaren Täters) erscheint.

Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist von der Strafrechtswissenschaft ausgebildet worden und stellt einen Notbehelf dar, um gewisse Begehungsarten, die bei starrer Anwendung der Gesetzesbestimmungen trotz Vorhandenseins einer strafrechtlichen „Schuld" der Bestrafung entzogen wären, zu ahnden.

Es erregte Bedenken, daß man in allen Fällen, in denen ein Mensch, der psychischen Einwirkung eines anderen folgend, zwar äußerlich durch seine Tätigkeit sämtliche Tatbestandsmerkmale eines Delikts erfüllte, ohne indessen eine „strafbare Handlung" im Sinne des Gesetzes zu begehen, auch den Bestimmenden straflos ausgehen lassen mußte, da von Anstiftung wegen Fehlens einer strafbaren Handlung auf Seiten der ausführenden Person nicht die Rede sein konnte[1]).

So stellte man die Ausführungsperson, welche eine ‚strafbare Handlung" nicht begangen hat, in Parallele, mit dem toten Werkzeug, dessen sich der Täter zur

[1]) Vergl. van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 16.

Ausführung eines Delikts bedient, bezeichnete ihn als „menschliches Werkzeug", auch schlechthin „Werkzeug" genannt, während man den Schuldigen als „mittelbaren Täter" zur Verantwortung zog.

Der Ausdruck „mittelbarer Täter" erscheint nicht gerade treffend gewählt, insofern, als er in dem Laien leicht eine falsche Vorstellung über den Begriff der mittelbaren Täterschaft hervorrufen kann. Doch ist es m. E. noch verfehlter, mit Schütze[1]) den mittelbaren Täter als „fingierten" Täter zu bezeichnen, denn dieser ist keineswegs fingiert, sondern als alleiniger Verursacher des Erfolges vorhanden. Auch mit der Bindingschen Bezeichnung „Eintäter"[2]) läßt sich keine klare Vorstellung verbinden.

Treffend will Mittermaier[3]) den Ausdruck „mittelbare Täterschaft" durch „Benutzung eines menschlichen Werkzeuges" ersetzen.

Irgend welche Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft darf man hingegen diesen Differenzen nicht beimessen, da der Begriff der mittelbaren Täterschaft hinlänglich normiert ist.

Demnach ist der mittelbare Täter ein einfacher Täter, welcher selbständig und schuldhaft sämtliche Tatbestandsmerkmale des Verbrechens erfüllt und nur die Ausführungshandlung einem menschlichen Werkzeug überläßt.

---

[1]) Schütze, Lehrbuch, S. 148, Not. 3.

[2]) Binding, Grundriß, Bd. I, S. 146.

[3]) Mittermaier, Gutachten über § 300 R. St. G. Bs., Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 248.

Aber nicht immer begründet das Vorhandensein eines menschlichen Werkzeuges die Annahme der mittelbaren Täterschaft. Ist das Mittel, welches den Menschen zum Werkzeug stempelt, physischer Zwang, so ist der Zwingende nicht mittelbarer, sondern „unmittelbarer Täter", denn er allein handelt, der physisch Gezwungene handelt nicht, sondern folgt nur der Bewegung, welche aus der physischen Kraft des Zwingenden entspringt. In diesem Falle steht der Gezwungene dem leblosen Werkzeug völlig gleich, etwa dem Hammer, mit dem der Mörder sein Opfer niederschlägt, oder der Schreibmaschine, deren sich der Urkundenfälscher bedient[1]).

Hier tritt sofort deutlich der Unterschied zutage, der zwischen dem menschl. und dem toten Werkzeug besteht. Denn bei völliger Identifizierung beider Begriffe könnten wir von der künstlichen Konstruktion der mittelbaren Täterschaft absehen und würden mit dem Begriff „Täterschaft" auskommen. Es widerstrebt aber dem Gefühl, einen Menschen mit einem leblosen Werkzeug, außer in den Fällen physischen Zwanges auf eine Stufe zu stellen. Auch ist es unrichtig, da das leblose Werkzeug dem Täter physisch, der Mensch in den hier interessierten Fällen lediglich psychisch unterworfen ist.

Während bei dem toten Werkzeug also der Herrscherwille des Täters unmittelbar die gewünschte Bewegung

---

[1]) So auch Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 104 und van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 18; Majer, Ein Beitrag zu der Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Diss., S. 22; abweichend Frank, Komm., S. 86, III, welcher auch hier „mittelb. Täterschaft" annimmt.

auslöst, wird dem menschlichen Werkzeug lediglich auf psychischem Wege der Entschluß aufgezwungen, die Ausführungshandlung zu übernehmen.

In unserem Strafgesetzbuch finden sich eine Reihe von Gründen, welche die Strafe ausschließen[1]). Diese teilen wir in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ein in „Schuldausschließungsgründe", „Unrecht-Ausschließungsgründe" und „bloße Strafausschließungsgründe". Wie bereits oben[2]) erwähnt, gestattet das Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes, welcher eine strafbare Handlung auf Seiten der ausführenden Person zwar bestehen läßt, jedoch diese selbst der Bestrafung entzieht, den Begriff der Anstiftung aufrecht zu erhalten. Hier ist die Ausführungsperson also „Angestifteter" und nicht Werkzeug, interessiert demnach für unsere Untersuchung nicht mehr.

Anders dagegen in den Fällen, in welchen die Ausführungsperson eine strafbare Handlung nicht begangen hat, hier wird dieselbe zum menschlichen Werkzeug in der Hand des Bestimmenden.

Als „strafbare Handlung" bezeichnet das R. St. G. B. schlechthin das Delikt, gibt uns somit eine Reihe von Gründen, welche die begangene Handlung als strafrechtlich irrelevant erscheinen lassen, kurz, ihr den Charakter als Verbrechen nehmen.

Definieren wir das Verbrechen richtig mit von Liszt[3]) als „schuldhafte, rechtswidrige Handlung"

[1]) Vergl. § 51 ff. R. St. G. Bs.
[2]) Vergl. oben, S. 14.
[3]) von Liszt, Lehrbuch, S. 144, § 32.

so muß also einer Handlung, welche nicht als Verbrechen erscheinen soll, eines dieser Begriffsmerkmale fehlen, entweder die Schuld, oder die Rechtswidrigkeit.

So spricht denn die Strafrechtswissenschaft allgemein von Gründen, welche die Schuld, und solchen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen.

A. Der Ausführungsperson steht ein Schuldausschließungsgrund zur Seite.

Erst in neuester Zeit hat sich die Strafrechtswissenschaft damit beschäftigt, den Schuld-Begriff klar zu stellen, ohne daß bisher eine wünschenswerte Einigung erzielt wäre. Die herrschende Meinung versteht unter „Schuld" gewissermaßen einen Gattungsbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit[1]).

So sagt u. a. Binding[2]) „Schuld" ist bei einfachen Verbrechen stets einfacher Vorsatz oder einfache Fahrlässigkeit. Bei zusammengesetzten Verbrechen ist die Schuld auch stets zusammengesetzt und zwar besteht sie:

a) entweder aus mehreren Deliktsvorsätzen, oder
b) aus einer Kombination von Vorsatz und Fahrlässigkeit, oder
c) aus einer Kombination mehrerer Fahrlässigkeiten."

Gegen diese Lehre wenden sich nun vor allen Dingen von Liszt[3]) und Frank[4]).

---

[1]) cit. aus Frank, Komm., S. 108.

[2]) Binding, Grundriß, allgem. Teil, § 49; Meyer-Allfeld, Lehrbuch I, S. 137; Olshausen, Komm., S. 115.

[3]) von Liszt, Lehrbuch, S. 157.

[4]) Frank, Komm., S. 109.

Unter den Gründen, welche das Vorhandensein eines Verbrechens ausschließen, nennt das Gesetz an erster Stelle die Bewußtlosigkeit, oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit, welche die Strafrechtswissenschaft unter den Begriff der Unzurechnungsfähigkeit zusammenfaßt. Wenn nun Unzurechnungsfähigkeit der Handlung den Verbrechenscharakter nimmt, so muß, wie wir oben sehen, durch Vorliegen derselben entweder die Schuld oder die Rechtswidrigkeit entfallen. Wollten wir annehmen, sie höbe die Rechtswidrigkeit auf, so würde die logische Durchführung dieses Gedankens uns zu dem absurden Resultat führen: der Unzurechnungsfähige sei berechtigt, unerlaubte Handlungen vorzunehmen. Wir werden daher zu der Annahme genötigt, daß die Unzurechnungsfähigkeit dem Begriffe der Schuld entgegenstehe. Hieraus gewinnen wir umgekehrt mit Notwendigkeit das Resultat, daß nur der Zurechnungsfähige schuldhaft handeln könne.

Folgen wir nun der herrschenden Lehre, welche unter Schuld einen Gattungsbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit versteht, so sind wir genötigt, die Zurechnungsfähigkeit in den Begriff des Vorsatzes resp. der Fahrlässigkeit aufzunehmen, da wir sonst zu dem unerwünschten Resultat gelangen müßten, daß auch der Zurechnungsunfähige schuldhaft handeln könne[1]). Dieses Resultat ergibt sich dann, wenn man in Übereinstimmung mit der richtigen Ansicht unter Vorsatz

„die die Willensbetätigung begleitende Vorstellung des Erfolges“

[1]) Vergl. Frank, Komm., S. 109.

versteht[1]); denn daß der Unzurechnungsfähige, wenn auch nicht notwendig, so doch möglicherweise sich eine Vorstellung von dem Erfolge machen, also vorsätzlich handeln kann, muß ohne weiteres zugegeben werden[2]).

Folgt man der gegenteiligen Ansicht, welche unter Vorsatz ein „Wollen des Erfolges“[3]) verstehen will, so entgeht man zwar insofern dieser Schwierigkeit, als man die Zurechnungsfähigkeit in den Begriff des Vorsatzes in der Weise aufnehmen könnte, daß man dem Unzurechnungsfähigen einen strafrechtlich bedeutsamen Willen abspricht, doch führt uns die Willenstheorie in der Praxis, wie von Liszt[4]) treffend nachweist, zu so unmöglichen Resultaten, daß man sie notwendig aufgeben muß. Sehen wir also, daß nach § 51 R. St. G. B. selbst der vorsätzlich handelnde Unzurechnungsfähige „eine strafbare Handlung“ nicht begeht, also schuldlos bleibt, so ist es lediglich die Beschaffenheit seines Geisteszustandes, welche ein Verschulden ausschließt, woraus sich umgekehrt folgern läßt, daß die Zurechnungsfähigkeit ein Begriffsmerkmal der Schuld ist[5]).

Als solches kommt weiter in Betracht der Vorsatz

---

[1]) von Liszt, Lehrbuch, S. 175; Frank, Komm., S. 134; Wachenfeld, in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. 2, S. 264.

[2]) So der Sache nach Frank, Komm., S. 109.

[3]) So Olshausen, Komm. § 59, Note 16; Meyer-Allfeld, Lehrbuch, I. Teil, S. 140.

[4]) von Liszt, Lehrbuch, S. 176 Anm.

[5]) So im Ergebnis auch von Liszt, Lehrbuch, S. 163; Frank, Komm., S. 109.

oder bei einzelnen Delikten die Fahrlässigkeit, worunter wir mit Frank[1]) zu verstehen haben

„eine konkrete psychische Beziehung zu diesem konkreten Verhalten und seiner Tragweite oder doch die Möglichkeit einer solchen Beziehung".

Derselbe Gedanke findet sich bei von Liszt[2]), welcher als Grundlage für Vorsatz und Fahrlässigkeit die Zurechenbarkeit der Tat betrachtet und diese dann für vorliegend hält, wenn der Täter entweder die asoziale Bedeutung seines Verhaltens gekannt hat, oder wenn er sie hätte kennen können und sollen.

Daß Vorsatz oder Fahrlässigkeit notwendig zum Schuldbegriff gehören, wird nirgends bestritten, so daß es sich erübrigt, auf diesen Punkt näher einzugehen. Schuldlos handelt demnach, wer sich in einem Irrtum befand, oder vorsätzlich in einen solchen versetzt wurde, vermöge dessen er die Tragweite seines Handelns nicht übersah, vielmehr etwas ganz harmloses zu tun wähnte[3]).

Hierher ist auch zu rechnen der Fall der Putativnotwehr, d. h. wenn jemand irrtümlicherweise glaubt, daß die Bedingungen der Notwehr gegeben sind. Bei der hieraus resultierenden Notwehrhandlung ist nach der richtigen Auffassung der Vorsatz, und somit die Annahme eines Verbrechens ausgeschlossen[4]).

---

[1]) Frank, Komm. a. a. O.

[2]) von Liszt, Lehrbuch a. a. O.

[3]) So Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, S. 272; ebenso Mittermaier, Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 247.

[4]) Vergl. Frank, Komm., S. 126, III; Olshausen, Komm., § 59, Note 25 d.

Auch die Anstiftung zu fahrlässigem Handeln ist nach dem hier vertretenen Standpunkte in diese Rubrik einzureihen[1]).

Wenn nun von Liszt als Begriffsmerkmale der Schuld lediglich Zurechnungsfähigkeit des Täters und Zurechenbarkeit der Tat in dem oben ausgeführten Sinne verlangt, so müssen wir uns die Frage vorlegen, ob wir mit dem so gewonnenen Schuldbegriff dem geltenden Strafrecht gegenüber auskommen oder ob wir genötigt sind, noch weitere Schuldelemente zu konstruieren, denn für die hier vorgenommene Untersuchung kann lediglich eine genaue Interpretation des Strafgesetzbuches grundlegend gemacht werden.

Diese Frage tritt an uns heran bei Betrachtung der Wirkung des psychischen Zwanges nach § 52 R. St. G. B., wobei es zweifelhaft erscheint, welche Stellung dem mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zu einem Delikt Gezwungenen zuzuweisen ist.

Van Calker[2]) betrachtet den psychischen Zwang als eine besonders schwerwiegende Art der Anstiftung, da seiner Meinung nach bei der in Notstand vorgenommenen Verletzung allgemein betrachtet, eine strafbare Handlung vorliegt. Nach ihm bildet die Bestimmung des § 52 R. St. G. B. lediglich einen Strafausschließungsgrund[3]).

---

[1]) Siehe oben, S. 13.

[2]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 18.

[3]) So auch Olshausen, Komm., § 54, S. 14; Finger, Lehrbuch, I. Teil, S. 428.

Zu diesem Resultat gelangt van Calker durch die Auffassung, daß der Nötigungsstand nur dann als allgemeiner Schuldausschließungsgrund aufgefaßt werden könne, wenn man die auf eine Drohung mit Gefahr für Leib und Leben begangene Rechtsgüterverletzung auf eine Stufe stellen könnte mit der im Zustande der Zurechnungsfähigkeit oder in Notwehr vorgenommenen Tätigkeit.

Scheinbar will van Calker die im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit vorgenommene Tätigkeit mit der Notwehrhandlung auf eine Stufe stellen, also die Schuldausschließungsgründe mit den Berechtigungsgründen identifizieren. Sahen wir oben, daß die Schuld in einzelnen Fällen aus der begangenen Handlung konstruiert werden muß, so ergibt sich, daß von Schuld nicht die Rede sein kann, wenn eine Berechtigung zur Handlung gegeben ist. Demnach wird ein Berechtigungsgrund zwar die Schuld, nicht aber ein Schuldausschließungsgrund die Rechtswidrigkeit beseitigen.

Vielmehr ist mit Frank[1]) zu behaupten, daß der Unterschied zwischen Unrechts- und Schuldausschließungsgründen gerade darin besteht, daß diese die objektive Rechtswidrigkeit unberührt lassen. So wird also nach dem hier vertretenen Standpunkte Notwehr gegen den Angriff eines Unzurechnungsfähigen, sowie gegen die in Putativ-Notwehr begangene Handlung erlaubt sein[2]), während gegen die berechtigte Notwehr-

[1]) Frank, Komm., S. 110, III.

[2]) So Frank, Komm., S. 124; von Liszt, Lehrbuch, S. 149; Finger, Lehrbuch, I, S. 387; a. M. insbesondere Hälschner, Lehrbuch, I, S. 479.

handlung Notwehr unzulässig erscheint, da das Gesetz dem Angreifer gegenüber dem Angegriffenen jeglichen Schutz entzieht.

Darin jedoch ist van Calker zuzustimmen, daß die unter psychischen Zwang verübte Handlung im Gegensatz zu der Handlung in Notwehr den rechtswidrigen Charakter beibehält, eine Eigenschaft, die sie nach dem hier vertretenen Standpunkte mit der Handlung des Unzurechnungsfähigen gemeinsam hat.

Auch darin bin ich mit van Calker eins, daß der psychische Zwang nicht derartig lähmend auf den Willen des Gezwungenen wirkt, daß seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wäre, und er deshalb behandelt werden müßte, wie der Unzurechnungsfähige, welcher nach § 51 R. St. G. B. im Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit sich befindet[1]). Denn es ist zweifellos, daß der Genötigte dem Zwange nicht unbedingt zu folgen braucht, sondern daß er Widerstand leisten kann und mutig die Konsequenzen seines Verhaltens auf sich nehmen. Der Genötigte wird daher von den Nötigenden jedesmal nur zu einem Entschluß gezwungen, welcher je nachdem positiv oder negativ ausfallen kann[2]).

Die Ansicht van Calkers, die unter psychischem Zwange verübte Handlung als Anstiftung aufzufassen, entbehrt zwar vom logischen Standpunkt aus durchaus nicht jeder Berechtigung, doch würden wir, selbst wenn

[1]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 19—20.

[2]) van Calker, ebenda.

der Gesetzgeber diesen Standpunkt teilte, die schwierige Lage noch keineswegs umgangen haben; denn es würde die Notstandshandlung des § 54 R. St. G. B. zurückbleiben, und diese gleichfalls als Anstiftung zu behandeln, erscheint uns aus dem Grunde ausgeschlossen, da die Anstiftung notwendig einen Anstifter, d. h. einen denkenden Menschen erfordert und irgend welche zwingenden Umstände nicht als Anstifter gedacht werden können. Die Situation, in der sich der Handelnde befindet, ist aber im Falle des § 52 R. St. G. B. die gleiche, wie im Falle des § 54, da es keinen Unterschied ausmachen kann, ob die intensive Bedrohung von einer Person oder anderen äußeren Umständen, beispielsweise Naturereignissen ausgeht[1]), doch müßten wir nach der Auffassung van Calkers die fraglichen Begriffe streng von einander scheiden, was als logischer Fehler gelten muß. Nach bestehendem Gesetz ist aber die van Calkersche Ansicht unhaltbar, denn der § 52 R. St. G. B. läßt keinen Zweifel an der Auffassung des Gesetzgebers aufkommen, nach welcher im Falle des psychischen Zwanges eine „strafbare Handlung" nicht vorhanden ist. Auch der Umstand, daß der physische und der psychische Zwang als gleichwertig in demselben Paragraphen behandelt werden, beweist zur Genüge, daß der Gesetzgeber die Nötigung nicht lediglich als Strafausschließungsgrund aufgefaßt wissen wollte.

Sahen wir oben, daß eine „strafbare Handlung" dann nicht vorhanden ist, wenn ein Grund vorliegt, der

[1]) Vergl. Wachenfeld in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, S. 261. Hergt, Die Lehre von der Teilnahme, S. 94.

entweder die Schuld oder die Rechtswidrigkeit beseitigt, so muß die Nötigung nach geltendem Strafrecht entweder als Schuld oder als Unrechtsausschließungsgrund aufgefaßt werden.

Da wir nun in Übereinstimmung mit van Calker festgestellt haben, daß durch Nötigung die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht entfällt, so müssen wir die Nötigung als Schuldausschließungsgrund betrachten[1]).

Sind demnach Nötigung und Notstand Schuldausschließungsgründe, so müssen diese beiden Begriffe nach geltendem Recht ein Schulderfordernis eliminieren. Nicht wird nun durch die Zwangslage, wie oben ausgeführt, die Zurechnungsfähigkeit beseitigt, auch nicht der Vorsatz, da der Gezwungene sich regelmäßig eine Vorstellung machen wird von dem Erfolge seiner Tätigkeit.

So bleibt uns denn nichts weiter übrig, als ein drittes Begriffsmerkmal der Schuld aufzustellen, und dieses wird von Frank als normale Motivierung bezeichnet[2]).

Darunter ist zu verstehen, daß nach R. St. G. B. nur dann von Schuld die Rede sein kann, wenn der Täter den Entschluß zur Tat aus eigenen Motiven und mit der

---

[1]) Frank, Komm., § 54, III; ebenso M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, S. 135. Im Ergebnis auch Wachenfeld a. a. O., S. 272, wenn er sagt: Auch derjenige ist Selbsttäter, der einen anderen mit vorgehaltener Pistole zur Unterzeichnung einer falschen Urkunde nötigt. A. M. Finger, Lehrbuch I, S. 124.

[2]) Frank, Komm., S. 109; M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, S. 135.

Möglichkeit, anders zu handeln, gefaßt hat; daß also umgekehrt die Schuld entfällt, wenn die Motive zur Tat in einem aufgezwungenen Entschluß zu suchen sind.

So erhalten wir in Übereinstimmung mit Frank 3 Schuldelemente:

a) die Zurechnungsfähigkeit des Täters,
b) die Zurechenbarkeit der Tat,
c) ein Handeln aus selbstgeschaffenen Motiven.

Ist nun auf Seiten der Ausführungsperson eines dieser Schuldelemente nicht gegeben, so handelt sie ohne Schuld, begeht also kein Delikt, sondern dient dem (mittelbaren) Täter als Werkzeug.

B. **Die Ausführungsperson ist zum Handeln berechtigt.**

Außer den Gründen, welche die Schuld ausschließen, gibt es im Gebiete des Strafrechts auch solche Gründe, welche der begangenen Handlung die Rechtswidrigkeit nehmen. Sie werden in der Strafrechtswissenschaft als „Unrechtsausschließungsgründe", Gründe, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, auch als „Rechtfertigungsgründe" bezeichnet. Diesen letzteren, von Frank[1]) gebrauchten Ausdruck möchte ich ablehnen, da derselbe notwendig die Vorstellung hervorrufen muß, die begangene Handlung sei zwar an sich ein Delikt, doch vermöge sich der Täter nachträglich zu rechtfertigen. Dem widerspricht aber das Reichsstrafgesetzbuch mit den Worten „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden". Denn liegt ein Delikt überhaupt

[1]) Frank, Komm., S. 110, III.

nicht vor, so besteht auch keine Veranlassung zu nachträglicher Rechtfertigung.

Ich glaube dem Sinne des Gesetzes am meisten zu entsprechen, wenn ich diese Gründe als „Berechtigungsgründe" bezeichne, denn in den hier interessierenden Fällen wird durch Fortfall der Rechtswidrigkeit, für den Handelnden eine Berechtigung zur Tat geschaffen.

Als solche Berechtigungsgründe behandelt das R. St. G. B. nur die Notwehr im § 53 und die berechtigte Kritik im § 193. Aber außerhalb des R. St. G. B. finden sich eine ganze Reihe Berechtigungsgründe. Als solche sollen erwähnt werden: das ärztliche Berufsrecht, das elterliche Züchtigungsrecht, besondere gesetzliche Ermächtigung (man denke an das Recht des Richters, Haftbefehle zu erlassen, Haussuchungen vorzunehmen).

Regelmäßig wird ferner die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen durch Einwilligung des Verletzten; doch übt diese die erwähnte Wirkung nur dann aus, wenn nicht gleichzeitig durch die Handlung ein staatliches Interesse verletzt wird. Die Tötung mit Einwilligung wird sich daher zum mindesten als „Totschlag" unter Umständen sogar als „Mord" charakterisieren, und erst ein ausdrückliches Verlangen des Getöteten läßt die Handlung in milderem Lichte erscheinen[1]) (§ 216 R. St. G. B.).

Auch die Verstümmelung eines anderen, um ihn zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen (§ 142 R. St. G. B.) wird, da ein staatliches Interesse

[1]) Vergl. Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. II, S. 260.

verletzt wird, trotz Einwilligung des Verletzten stets eine rechtswidrige Handlung bleiben[1]).

Da nun eine Schuld auf Seiten des Täters nur im Zusammenhang mit einer von ihm begangenen rechtswidrigen Handlung vorliegen kann, so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß auch die Schuld entfällt, wenn der Täter zur Handlung berechtigt war[2]).

So interessiert hier nur die Frage, ob jemand durch die Handlung eines zum Handeln Berechtigten in mittelbarer Täterschaft ein Delikt begehen kann. Dies muß unbedingt bejaht werden. Hierfür ein Beispiel:

A. veranlaßt scheinbar den B., den X. mit einem Messer zu ermorden. Dem A., aber nicht dem B. ist bekannt, daß X. ein nie fehlender Revolverschütze ist, der seine geladene Waffe stets bei sich trägt. Die eigentliche Absicht des A. geht nun dahin, der X. möge den B., welcher ihm, dem A., unbequem ist, erschießen. Wenn nun der X., von dem B. ernstlich mit dem Messer bedroht, den B. erschießt, so hat sich A. eines in mittelbarer Täterschaft an B. verübten Mordes schuldig gemacht. Denn der X. handelte in berechtigter Notwehr, also schuldlos, und erscheint demnach als menschliches Werkzeug in der Hand des A.

Ganz ebenso ist zu entscheiden, wenn jemand auf Grund gefälschter Urkunden einen Richter in einen Irrtum versetzt und dadurch zum Erlaß eines Haftbefehls veranlaßt; oder wenn jemand durch falsche

[1]) Über die sonstigen Berechtigungsgründe vergl. die Zusammenstellung bei Wachenfeld a. a. O.; Finger, Lehrbuch I, S. 413.

[2]) Vergl. oben, S. 29.

Angaben über den Gesundheitszustand des vielleicht bewußtlosen Patienten einen Arzt zur Vornahme einer Operation bewegt.

Auf Grund dieser Ausführungen muß demnach festgestellt werden, daß in allen den Fällen, in welchen jemand durch eine zum Handeln berechtigte Person ein Delikt begeht, diese als menschliches Werkzeug erscheint in der Hand jenes, da der zum Handeln Berechtigte eine strafrechtliche Schuld nicht auf sich geladen hat.

C. Die Ausführungsperson steht vor der Vollendung des strafmündigen Alters.

Besondere Beachtung verdient die Frage nach der strafrechtlichen Stellung jugendlicher Personen. Das R. St. G. B. teilt dieselben in 2 Klassen ein:

I. die sogenannten Strafunmündigen, welche das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 55 R. St. G. B.);

II. die Jugendlichen im Alter vom 12. bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 56 R. St. G. B.).

Die ältere Meinung in der Strafrechtswissenschaft stellt teils mit, teils ohne jegliche Begründung den Strafunmündigen dem Unzurechnungsfähigen völlig gleich, behauptet, daß das Kind unter zwölf Jahren eine „strafbare Handlung" nicht begehe, und leugnet logischer Weise die Möglichkeit der Teilnahme an Delikten Strafunmündiger[1]). Diese Meinung findet ihre

[1]) So u. a. von Liszt, Lehrbuch, S. 172; Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. II, S. 272; v. Helldorf, Die mittelbare Täterschaft, S. 4; Mitter-

Begründung hauptsächlich in der geschichtlichen Tradition[1]) und weiteren Stützpunkt in den Strafgesetzbüchern Deutscher Bundesstaaten[2]), welche fast ausnahmslos den Strafunmündigen auf eine Stufe mit dem Unzurechnungsfähigen stellen. Diese Argumente verschlagen aber insofern nicht, als übersehen wird, daß das Gesetz lebt und sich fortentwickelt, sich den modernen Verhältnissen anpaßt, und daß gerade diese Fortentwickelung die vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft darstellt. Daß die Bestimmung des § 55 der Form nach lediglich eine prozessuale ist, welche nur die strafrechtliche Verfolgbarkeit des Jugendlichen beseitigt, wird selbst von Frank[3]) zugegeben. Zweifellos liegt dieser prozessualen Bestimmung aber ein materiell rechtlicher Gedanke zugrunde, doch ist es m. E. nicht der, daß der Strafunmündige als unzurechnungsfähig gelten müßte, sondern die richtige Erwägung, daß die Entwickelung des Kindes durch ein allzufrühes Eingreifen des Strafrichters leicht in schiefe Bahnen gedrängt werden kann, woraus dann ein dauernder, nicht wieder gut zu machender Schaden für das Kind selbst, und somit auch für die Allgemeinheit erwachsen würde.

Wollte das Gesetz in der Tat die Kinder unter 12 Jahren den Unzurechnungsfähigen gleichstellen, wie

---

maier, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 242; Frank, Komm., § 56.

[1]) Frank, Komm. a. a. O.

[2]) Tosetti, Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung, Diss., S. 70 ff.

[3]) Frank, Komm., S. 129; ebenso Olshausen, Komm., § 55, Note 5; das verkennt vollkommen v. Helldorf, Die mittelbare Täterschaft, S. 11.

erklärt sich denn dann der auffallende Unterschied im Wortlaut der §§ 51 und 55 R. St. G. B., der bei einer Gegenüberstellung der fraglichen Sätze klar hervortritt. Während der § 51 R. St. G. B. sagt:

„eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden",

heißt es im § 55:

„Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden."

Die Erfahrung lehrt, daß Kinder unter 12 Jahren häufig einen derartigen Grad geistiger Entwickelung aufweisen, daß sie in vollster Erkenntnis der Verwerflichkeit eine strafbare Handlung begehen[1]).

Wollte das Gesetz mit der Bestimmung des § 55 das Kind unter 12 Jahren den Unzurechnungsfähigen gleichstellen, so würde diese Bestimmung sich, allgemein betrachtet, zwar als praesumptio iuris et de iure charakterisieren, welche indessen dem oben erwähnten geistig reifen Jugendlichen gegenüber zur Fiktion wird, und mit Fiktionen im Strafrecht zu operieren, muß m. E. unter allen Umständen vermieden werden.

Aus diesen Gründen läßt sich die herrschende Lehre nicht aufrecht erhalten, vielmehr werden wir die Bestimmung des § 55 lediglich als Strafausschließungsgrund zu betrachten haben, welcher, wie wir oben gesagt haben, die Strafbarkeit der Handlung nicht beseitigt[2]).

---

[1]) So insbesondere Olshausen, Komm., § 55, S. 6; Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 24.

[2]) So Olshausen, Komm., S. 246.

Den Gegnern dieser Ansicht mag zugegeben werden, daß in den weitaus meisten Fällen das Kind unter 12 Jahren tatsächlich an geistiger Entwickelung den Unzurechnungsfähigen gleich zu erachten ist, dies aber auf alle Fälle zu verallgemeinern, muß aus den oben erwähnten Gründen abgelehnt werden. Es wird daher in jedem Falle von der individuellen Entwickelung des Strafunmündigen abhängig gemacht werden müssen, ob eine strafbare Handlung vorliegt oder nicht[1]).

Für den Strafunmündigen selbst zieht diese Unterscheidung keinerlei Folgen nach sich, er bleibt auf Grund des § 55 R. St. G. B. in jedem Falle straflos, wohl aber kommt diese Unterscheidung in Betracht für die Beurteilung von Teilnehmern. Ist der Strafunmündige schuldfähig, so werden wir denjenigen, der den Entschluß zur Tat in ihm hervorgerufen hat, als „Anstifter", andernfalls als „mittelbaren Täter" strafen. Auch wird im ersteren Falle der Gehilfe strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können — ein durchaus billiges Resultat — während nach der herrschenden Lehre der Gehilfe, da eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorliegen soll, jedesmal straflos ausgehen müßte.

Mit Entschiedenheit hat sich auch das Reichsgericht auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt. So heißt es im Urteil vom 12. April 1882[2]):

---

[1]) Olshausen, Komm. a. a. O.; Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 36; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 36.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 6, S. 198.

„Es kann nicht die Rede davon sein und würde allen Grundsätzen des Strafrechts widersprechen, wollte man die Straflosigkeit im Handeln des Kindes zur Straflosigkeit des gesamten Delikts erweitern."

Es würde aber nicht minder zu unzureichenden und für zahlreiche Fälle schlechthin untauglichen Konsequenzen führen, wollte man prinzipiell das Kind stets nur als Werkzeug in der Hand des Erwachsenen ansehen und von diesem Gesichtspunkte aus die Mitwirkung des ersteren als die eigene unmittelbar zuzurechnende Handlung des Erwachsenen qualifizieren. Tatsächlich wird in einzelnen Fällen der verbrecherische bewußte Wille des Kindes und sein bewußtes Handeln die wesentlichsten Elemente des Tatbestandes einer Straftat so vollständig erfüllen, die Mitwirkung des Strafmündigen sich so zweifellos nur in der Form akzessorischer Beistandsleistung, strafrechtlicher Beihilfe, vollziehen, daß die Annahme, das Kind sei nur Mittel in der Hand des Teilnehmers gewesen, als widersinnig schlechthin auszuschließen ist."

Dem in dieser Entscheidung geltend gemachten Grundsatze muß m. E. unbedingt beigepflichtet werden. Wir werden daher den Grad der geistigen Entwickelung des Strafunmündigen im einzelnen Falle grundlegend machen müssen für die Beurteilung desselben.

Der von v. Helldorf[1]) gegen diese Ansicht erhobene Vorwurf „sie mache im Prinzip die Unterscheidung des Gesetzes zwischen den noch nicht 12-jährigen und den zwischen 12 und 18 Jahre stehenden

[1]) v. Helldorf, Die mittelbare Täterschaft, S. 14.

Tätern vollkommen illusorisch" verdient insofern keine Beachtung, als von Helldorf es übersieht, daß der Grad der geistigen Entwickelung des Strafunmündigen lediglich interessiert, um die Möglichkeit strafbarer Teilnahme feststellen zu können, für den Strafunmündigen selbst dagegen ohne Bedeutung bleibt, während im Falle des § 56 R. St. G. B. der Grad der geistigen Reife des Täters für die Bestrafung oder Freisprechung dieses von grundlegender Bedeutung ist. Diese Betrachtung führt zu dem Resultat, daß ein Strafunmündiger gleich wie ein Erwachsener als menschliches Werkzeug betrachtet werden muß, wenn er wegen mangelnder geistiger Reife für unzurechnungsfähig zu gelten hat, oder wenn er sich in einem Irrtum befand oder in einen solchen versetzt ohne Vorsatz handelte, oder wenn das Motiv zur Tat in einem nicht aus freien Stücken gefaßten Entschluß zu suchen ist.

Ganz ebenso verhält es sich mit den Jugendlichen. Für diese bestimmt § 56 R. St. G. B. ein Angeschuldigter, welcher in der Zeit, da er das 12. aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

Was das Gesetz unter der „erforderlichen Einsicht" verstanden wissen will, ist außerordentlich bestritten. Stellen wir uns jedoch auf den Standpunkt, daß wir unter „Zurechnungsfähigkeit" nicht ein „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", auch nicht ein „Bewußtsein der Strafwürdigkeit" zu verstehen haben, sondern viel-

mehr ein Maß intellektueller Befähigung[1]), das zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit befähigt, so ergibt sich, daß wir unter

„der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht"

nichts weiter zu verstehen haben, als das Unterscheidungsvermögen, mit anderen Worten: die Zurechnungsfähigkeit[1]). Diese, welche bei dem normalen Strafmündigen ohne weiteres praesumiert wird, soll bei dem Jugendlichen, da es als möglich erscheint, daß die geistige Entwickelung desselben noch nicht zu einem vollen Abschluß gelangt ist, in jedem einzelnen Falle einer genauen Prüfung durch den Richter unterzogen werden. Hierdurch wird der Jugendliche gegenüber dem Voll-Strafmündigen im Strafprozeß günstiger gestellt, kurz, ihm ein prozessuales Privilegium gegenüber jenem gewährt[2]).

Unrichtig ist daher die Behauptung Olshausens[3]) der Gesetzgeber habe, vielleicht gegen seinen Willen, dadurch, daß er die Einsicht des Jugendlichen einer Prüfung unterzieht, ein materielles Privilegium für denselben geschaffen.

Dieselbe Stellung, wie der Jugendliche im Strafrecht, nimmt nach § 58 R. St. G. B. auch der Taub-

[1]) Hälschner a. a. O., S. 222; von Liszt, Lehrbuch, S. 168; Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. 2, S. 262; Frank, Komm., § 56; vor allem Finger, Lehrbuch I, S. 217.

[2]) Vergl. Frank, Komm., § 56; Finger, Lehrbuch I, S. 217.

[3]) Olshausen, Komm., § 56; ebenso Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 15, S. 97.

stumme ein[1]). Auch bei ihm ist, da Taubstummheit leicht eine Hemmung der geistigen Entwickelung nach sich ziehen kann, die Zurechnungsfähigkeit jedesmal zu prüfen.

Jugendliche und Taubstumme sind demnach, wenn sie die erforderliche Einsicht nicht besitzen, als unzurechnungsfähig anzusehen. Sie handeln in diesem Falle, da Zurechnungsfähigkeit als Begriffsmerkmal der Schuld zu gelten hat, „ohne Schuld" und sind, wenn sie auf Veranlassung eines Dritten tätig werden, als „menschliches Werkzeug" zu betrachten. Teilnahme an dem von ihnen begangenen Delikt erscheint in diesem Falle ausgeschlossen. Besitzen sie die erforderliche Einsicht, so sind sie — ausgenommen, wenn ihnen ein gewöhnlicher Schuldausschließungs- oder Berechtigungsgrund zur Seite steht — „Selbsttäter" und Teilnahme an der von ihnen begangenen Handlung ist möglich.

D. Die Ausführungsperson handelt auf Grund rechtswidrigen Befehls.

Sowohl im Privatrecht, als auch im öffentlichen Recht finden sich einige Gewaltverhältnisse, kraft deren die demselben unterworfene Person dem Gewalthaber zum Gehorsam verpflichtet ist. Diese Gehorsamspflicht erzeugt auf Seiten des Berechtigten die Möglichkeit, Befehle zu erteilen, deren Ausführung von dem Untergebenen verlangt werden kann.

---

[1]) von Liszt, Lehrbuch, S. 173; Frank, Komm., § 58; Meyer-Allfeld, Lehrbuch, I. Teil, S. 128; Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, S. 223; Finger, Lehrbuch S. 219.

Der rechtswidrige Befehl im Geltungsgebiet des Privatrechts.

Betrachten wir zunächst die Gewaltverhältnisse des Privatrechts, so sind als solche besonders hervorzuheben die Gehorsamspflicht des Kindes gegenüber den Eltern, und die Gehorsamspflicht des Dienstboten gegenüber dem Dienstherrn.

Das Kind ist den Eltern Gehorsam schuldig, damit den Eltern ermöglicht werde, die ihnen obliegende Pflicht der Erziehung des Kindes zu erfüllen[1]). Um den unbedingten Gehorsam nötigenfalls auch mit Gewalt zu erzwingen, ist den Eltern besonders ein weitgehendes Züchtigungsrecht zugestanden worden. Da jedoch die elterliche Gewalt nur in dem Zweck begründet liegt, das Kind zu einem nützlichen Glied der Gesellschaft zu erziehen, so findet die Gehorsampflicht des Kindes überall dort seine Grenze, wo der Befehl der Eltern Handlungen bezweckt, welche aus dem Rahmen rechtmäßiger Erziehung hinausfallen[2]).

Daher bedarf es keiner weiteren Begründung, daß der Staat den Eltern nicht eine derartige Machtstellung über das Kind eingeräumt hat, daß dasselbe verpflichtet wäre, auf elterlichen Befehl hin eine strafbare Handlung zu begehen, vielmehr kann ein solcher Befehl niemals bindende Kraft besitzen[3]).

---

[1]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 31.

[2]) Vergl. van Calker a. a. O., S. 32.

[3]) Brauer, Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit, Gerichtssaal, Bd. 8, S. 381 ff.; van

Ebenso verhält es sich im Gewaltverhältnis des Dienstboten gegenüber dem Dienstherrn. Dies gründet sich auf einen Vertrag, welcher den Umfang und damit die Grenze der Gehorsamspflicht normiert. Sollte also der Dienstbote verpflichtet sein, auch solche Befehle seines Dienstherrn zu befolgen, welche auf eine strafrechtliche Handlung hinzielen, so müßte schon die Möglichkeit bestehen, eine solche Verpflichtung vertraglich festzusetzen. Da aber nach § 134 des B. G. B. Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig sind[1]), so kann auch der Dienstbote niemals verpflichtet werden, auf Grund des Dienstvertrages eine strafbare Handlung zu begehen.

In derselben Weise erledigen sich auch die übrigen Gewaltverhältnisse des Privatrechts, beispielsweise das des Lehrers über den Schüler, so daß auf dem Boden des Privatrechtes rechtswidrige bindende Befehle undenkbar sind[2]).

Auf größere Schwierigkeiten stoßen wir bei Betrachtung der Gewaltverhältnisse öffentlichen Rechtes.

Der rechtswidrige Befehl im Geltungsgebiet des Staatsrechtes.

Diese Gewaltverhältnisse sind Staatsdienstverhältnisse, und zwar unterscheiden wir das Dienstverhältnis

---

Calker a. a. O., S. 32—33; Buchmann, Ist der Staatsbeamte verpflichtet . . ., Diss., S. 13.

[1]) Vergl. hierüber van Calker a. a. O., S. 38.

[2]) Vergl. Brauer a. a. O., S. 382. M. E. Meyer, Der rechtswidrige Befehl, S. 137; Buchmann a. a. O., S. 13.

des Staatsbeamten und das Dienstverhältnis des Soldaten.

Zur Ausführung seines Willens bedient sich der Staat einer Schar von Staatsbeamten, welche alle durch einen Staatsdienstvertrag gebunden sind, dessen Inhalt der freien Vereinbarung entzogen und durch Gesetz oder Verordnungen von vornherein festgelegt ist[1]). Kraft des Dienstvertrages hat der Beamte die eidliche Pflicht übernommen, seinem Vorgesetzten unbedingt zu gehorchen, doch liegt es auf der Hand, daß die Gehorsamspflicht des Beamten sich lediglich auf Befehle in „dienstlicher Angelegenheit" bezieht, daß also der Beamte nicht verpflichtet ist, Befehle, welche eine Privatangelegenheit des Vorgesetzten oder des Beamten selbst betreffen, zu befolgen. Daher ist es ausgeschlossen, daß ein rechtswidriger Befehl in privater Angelegenheit den Beamten bindet.

Der Versuch, eine Abgrenzung der Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber Befehlen in dienstlicher Angelegenheit zu schaffen, hat nun in der Staat- und Strafrechtswissenschaft die verschiedensten Ansichten darüber gezeitigt, ob der Beamte auch verpflichtet wäre, rechtswidrige Befehle seines Vorgesetzten auszuführen. Allgemein wird zugegeben, daß der Beamte wegen der auf Befehl ausgeführten strafbaren Handlung nur dann zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er berechtigt ist, gegebenen Falles den Gehorsam zu verweigern. Ein solches Gehorsamsverweigerungsrecht läßt sich aber nur dadurch begründen, daß man den

[1]) Vergl. van Calker a. a. O., S. 39.

Beamten verpflichtet, resp. berechtigt, den erhaltenen Befehl einer Prüfung zu unterziehen. Während nun die eine Ansicht[1]) dem Beamten die Prüfung des Befehls nur nach der formellen Seite hin zur Pflicht machen will, fordert die andere Meinung, er müsse den Befehl auch nach der materiellen Seite hin wenigstens soweit prüfen, um feststellen zu können, ob der Befehl nicht einem Strafgesetz oder Verbotsgesetz zuwiderläuft[2]).

Hier ist es nun das große Verdienst von M. E. Mayer[3]), Klarheit in diese Frage gebracht zu haben, mit dem Resultate, daß es für den Beamten des Deutschen Reiches rechtswidrige bindende Befehle nicht gäbe[4]). Fußend auf Laband[5]) führt er aus, daß der Beamte lediglich verpflichtet sei, die formelle Seite des Befehls zu prüfen[6]).

Zur Prüfung der formellen Richtigkeit des Befehls hat sich jedoch der Beamte 3 Fragen vorzulegen:

a) Ist der Befehl von der zuständigen Behörde dem zuständigen Beamten erteilt?

b) Fällt die Ausführung desselben in das Ressort des betreffenden Beamten?

c) Genügt der Befehl den rein formellen Erfordernissen?[7])

---

[1]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, III. Aufl., Bd. I, S. 417 ff.

[2]) So neuerdings besonders Thielke, Diss., Gehorsam und Schuld, S. 25.

[3]) M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten.

[4]) So im Ergebnis auch Meyer-Allfeld, Lehrbuch I, S. 196, Anm. 6.

[5]) Laband a. a. O.

[6]) M. E. Mayer a. a. O., S. 141.

[7]) M. E. Mayer a. a. O.

Folgen wir dieser Ansicht, so scheidet bereits die weitaus größte Anzahl denkbarer rechtswidriger Befehle aus unserer Betrachtung aus.

So wird also der Gefängnisdiener dem etwaigen Befehl eines vorgesetzten Richters, an dem zum Tode verurteilten Raubmörder A. die Exekution eigenhändig zu vollziehen, nicht folgen, denn die Hinrichtung ist nicht Sache des Gefängnisdieners.

Der Postbeamte wird dem Ersuchen der Steuerbehörde, den ihm befreundeten B. zur Haft zu bringen, nicht folgen, da der Befehl von einer unzuständigen Behörde einem unzuständigen Beamten übermittelt wurde. Ebenso schuldet der Postbeamte dem Befehl der Staatsanwaltschaft, irgend welche Briefe zurückzuhalten, keinen Gehorsam.

Wenn wir uns nun auch den weiteren Ausführungen von M. E. Mayer anschließen, so kommen außer diesen formell rechtswidrigen Befehlen nur noch 2 Arten materiell unrichtiger Befehle in Betracht, und das sind zunächst diejenigen Befehle, welche auf einer ungenauen Auslegung des Gesetzes beruhen, oder auf einer irrigen Annahme, daß alle Voraussetzungen gegeben seien, die zur Erteilung des fraglichen Befehls berechtigten. Diese Befehle sind nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig, und ihnen schuldet der Beamte unbedingten Gehorsam[2]), gleichwie auch ein nach der formellen oder materiellen Seite hin rechtswidriges Urteil bindende Kraft erlangen kann.

[1]) van Calker a. a. O., S. 42.

[2]) Vergl. die Ausführungen bei M. E. Mayer a. a. O., S. 129 und 142—143.

Die letzte Art bilden nun die wirklich rechtswidrigen Befehle; das sind diejenigen, welche jeglicher Begründung entbehren, oder auf bösen Willen zurückzuführen sind[1]). Z. B.

Ein Richter erläßt einen Haftbefehl gegen eine Frauensperson, um sie seinen Wünschen gefügig zu machen. Hier ist dreierlei möglich:

a) der Gefängnisdiener führt den Befehl aus, da er die Absicht des Vorgesetzten nicht kennt. Demnach hält er den Befehl irrtümlich für rechtmäßig. Der Irrtum beseitigt den Vorsatz, wirkt also als Schuldausschließungsgrund. Der Gefängnisdiener handelt demnach als menschliches Werkzeug in der Hand des Richters[2]).

b) Der Beamte, welcher die Absicht des Vorgesetzten kennt und weiß, daß er sich durch Ausführung des Befehls strafbar macht, verweigert mit Recht den Gehorsam, denn hier hört jede Gehorsamspflicht auf[3]). So fordert auch der § 13 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, welcher besagt: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich."

c) Der Beamte kennt zwar die Absicht des Vorgesetzten, führt aber trotzdem den Befehl aus, da er denselben für bindend hält. Der Beamte befindet sich hier also in einem Irrtum über die verbindliche Kraft

---

[1]) M. E. Mayer a. a. O., S. 128—130.

[2]) M. E. Mayer a. a. O., S. 135 ff.

[3]) So Bauer, Der rechtswidrige bindende Befehl, in Annalen des Deutschen Reichs, 35. Jahrg., Heft 12, S. 390; M. E. Mayer a. a. O., S. 144.

des Befehls und auch diesen Irrtum hält M. E. Mayer[1]) für einen Schuldausschließungsgrund, wenn derselbe wesentlich war, worunter er soviel verstehen will, wie entschuldbar.

Hier müssen wir uns aber fragen: Wirkt der zuletzt behandelte Irrtum in gleicher Weise wie jener, welcher den Vorsatz beseitigt? M. E. handelt der Beamte, welcher sich nur über die Verbindlichkeit des Befehls irrt, zweifellos vorsätzlich; trotzdem halte ich auch diesen Irrtum, soweit er entschuldbar ist, für einen Schuldausschließungsgrund, und zwar aus folgenden Gründen:

Vom Standpunkt des gehorchenden Beamten aus kann es keinen Unterschied ausmachen, ob er tatsächlich durch einen bindenden Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung gebunden ist, oder ob er — natürlich nur in entschuldbarem Irrtum — sich für gebunden erachtet. Daher müssen wir diesen Fall genau so betrachten, als ob ein rechtswidriger bindender Befehl tatsächlich vorläge.

Van Calker[2]), welcher irrtümlicherweise annimmt, daß der Befehl durch eine in demselben enthaltene Drohung erst Wirksamkeit erlange, vergleicht den verbindlichen rechtswidrigen Befehl mit dem Notstand[3]) und kommt zu dem Resultat, daß der bindende Befehl nicht als Notstand aufgefaßt werden könne, da die in demselben enthaltene Drohung niemals als eine solche des § 52 R. St. G. B. aufgefaßt werden könne.

[1]) M. E. Mayer a. a. O., S. 145—146.
[2]) van Calker a. a. O., S. 7.
[3]) van Calker a. a. O., S. 21 und 22.

Diese ablehnende Stellung van Calkers hat darin ihren Grund, daß er als Wirksamkeit des Befehls lediglich die vermeintliche Drohung auffaßt, welche selbstverständlich einen Vergleich mit der des § 52 R. St. G. B. nicht aushalten kann. Trotzdem ist m. E. van Claker von einem richtigen Gefühl geleitet, wenn er den rechtswidrigen bindenden Befehl in Parallele stellt zum Notstand.

Betrachten wir zunächst die Wirkungen beider Begriffe, so erkennt man, daß sie völlig übereinstimmen; denn hier wie dort ist das Resultat ein rechtswidriger Angriff gegen ein Rechtsgut eines völlig unbeteiligten Dritten.

In beiden Fällen wird ferner der Ausführungsperson der Entschluß zur Tat aufgezwungen. Was also in dem einen Falle der psychische Zwang bewirkt, wird in dem andern durch den Befehl erreicht. Der Täter faßt den Entschluß nicht freiwillig, sein Handeln erscheint daher als Folge eines unfrei, vielleicht sogar unwillig gefaßten Entschlusses; somit halten wir auch hier einen Schuldausschließungsgrund für gegeben. Und auch in diesem Falle erscheint der Beamte als menschliches Werkzeug in der Hand des Vorgesetzten.

Mit diesem Resultat befinde ich mich im Widerspruch mit der herrschenden Lehre, welche den bindenden Befehl deshalb nicht als Schuldausschließungsgrund auffassen zu können glaubt, weil ein solcher die Rechtswidrigkeit der begangenen Handlung nicht berührt[1]), was zu dem bedenklichen Resultat führt,

[1]) Vergl. oben, S. 29.

daß dem angegriffenen Dritten gegen den auf Befehl frevelnden Beamten das Recht der Notwehr zustände. Dies scheint in dem Maße ungerecht gegen den Beamten, daß man versucht, den bindenden Befehl als Berechtigungsgrund hinzustellen[1]), ohne indessen die richtige Behauptung, eine rechtswidrige Handlung könne niemals dadurch, daß sie befohlen werde, zu einer rechtmäßigen werden, widerlegen zu können. Um das Resultat, daß gegen die strafbare Handlung des auf Befehl tätig werdenden Beamten Notwehr möglich ist, werden wir nicht herumkommen, auch erscheint es keineswegs so ungerecht. Denn, gibt es im modernen Recht noch bindende rechtswidrige Befehle — und wir werden im folgenden sehen, daß es solche gibt — so trägt die Schuld an diesem bedenklichen Resultate das mangelhafte Gesetz und nicht die mangelhafte Interpretation desselben.

Nimmt aber der Beamte irrig den Befehl als rechtmäßig oder bindend an — und nur diese Möglichkeit gibt es nach dem Reichsbeamten-Gesetz — so ist nicht einzusehen, warum der Beamte in solchem Falle gegenüber anderen Staatsbürgern eine bevorzugte Stellung einnehmen soll. Es erscheint vielmehr durchaus berechtigt, daß er die Folge seines Irrtums eventuell büßt. Denn durch die Möglichkeit der Notwehr gegen den Beamten wird das Ansehen des Standes längst nicht in dem Maße gefährdet, als durch ein allzu häufiges Vorkommen der

[1]) Vergl. besonders Schütze, Lehrbuch, S. 107; Finger, Lehrbuch, S. 403, I; Meyer-Allfeld, Lehrbuch I, S. 197; v. Liszt, Lehrbuch, S. 157; Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. 2, S. 260; neuerdings Girginoff, Diss., Der bindende Befehl, S. 26.

hier behandelten Irrtümer. Die Möglichkeit aber, unter Umständen auf Widerstand zu stoßen, wird am nachdrücklichsten ein allzu gedankenloses Befolgen rechtswidriger Befehle verhindern können.

In einer Reihe von Beamten-Gesetzen deutscher Bundesstaaten[1]) hat aber die sogenannte Remonstrationstheorie noch Gültigkeit. Diese Theorie verdankt ihre Entstehung dem bayerischen Schriftsteller Nicolaus Taddäus Gönner[2]). Ihr Inhalt, welcher hier nur kurz angedeutet werden kann, legt dem Beamten eine weitgehende Prüfungspflicht des erhaltenen Befehls, sowohl nach seiner formellen, wie seiner materiellen Seite hin, auf und macht dem Staatsdiener zur Pflicht, dem Vorgesetzten gegenüber in einer Gegenvorstellung seinen Zweifeln Ausdruck zu geben. Bleiben die Zweifel unberücksichtigt, so muß der Beamte unbedingt gehorchen.

Die Unzulänglichkeit dieser Theorie liegt auf der Hand, da sie in weitgehendster Weise die Ausführung auch rechtswidriger Befehle zuläßt.

Es kann wohl zugegeben werden, daß selbst im Geltungsgebiet der Remonstrationstheorie in der Praxis rechtswidrige Befehle zu den Seltenheiten gehören, für die Wissenschaft bleiben sie stets konstruierbar und müssen daher berücksichtigt werden. Wachenfeld[3]) und mit ihm van Calker[4]) machen geltend,

[1]) Zusammenstellung bei Paul Bauer, Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht, Annalen des Deutschen Reichs, Nr. 12, S. 888.

[2]) Zit. aus Thielke, Diss., Gehorsam und Schuld, S. 10.

[3]) Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. II, S. 260.

[4]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 94.

daß der Beamte sich der Ausführung eines bindenden rechtswidrigen Befehls durch Quittieren des Dienstes entziehen könne und daß derselbe daher günstiger gestellt sei als der Soldat, dem diese Möglichkeit nicht zustände. Diese Ansicht ist für die Theorie zweifellos zutreffend, wird aber in der Praxis häufig versagen. Denn abgesehen davon, daß man von dem Durchschnittsbeamten kaum solchen Heroismus verlangen kann, ist doch zu bedenken, daß der Beamte regelmäßig nicht auf „Knall und Fall" den Dienst quittieren kann, sondern ein Abschiedsgesuch einzureichen hat, das dann den Instanzenweg zurücklegen muß, so daß bis zur Erledigung desselben oft längere Zeit verstreicht. Da nun aber der Beamte bis zur Bewilligung seines Gesuches zweifellos Beamter bleibt, so wird er, falls es sich um eine schnelle Erledigung des fraglichen Befehls handelt, theoretisch von der vorgesetzten Behörde gezwungen werden können, denselben auszuführen.

Auch hier wird der anordnende Vorgesetzte stets als mittelbarer Täter erscheinen, der Beamte als menschliches Werkzeug, da ihm der Befehl als Schuldausschließungsgrund zur Seite steht, weil das Motiv zur Tat nicht in einem freiwillig, sondern in einem unter Zwang gefaßten Entschluß zu suchen ist. Besteht der Zwang beim Notstand in einer intensiven Bedrohung, so zwingt der bindende Befehl den Beamten durch Gesetzesbestimmung, welcher er durch Eidespflicht unterworfen ist.

Der militärische rechtswidrige Befehl.

Die Reichsverfassung, Art. 64 Abs. 1 bestimmt:

„Alle deutschen Truppen sind verpflichtet, den Befehlen des Kaisers unbedingte Folge zu leisten. Diese Verpflichtung ist in den Fahneneid aufzunehmen."

Auf den geleisteten Fahneneid basiert demnach die Verpflichtung des Soldaten, seinen Vorgesetzten zu gehorchen, welche lediglich als Willensorgane des obersten Kriegsherrn erscheinen.

Diese eidliche Verpflichtung gibt uns auch die Handhabe, die Gehorsams-Verweigerung des Soldaten zu strafen. Es wäre indessen verfehlt, wollte man annehmen, daß erst die Strafandrohung für eine Weigerung des Gehorsams dem Befehl die nötige Wirksamkeit erteilt und daß gewissermaßen jeder Befehl mit einer Drohung verbunden sei[1]). Denn wäre nur die Drohung und die daraus resultierende Furcht des Untergebenen imstande, dem Befehl den nötigen Nachdruck zu geben, so müßte, wie von Nostiz schlagend nachweist[2]), der Befehl in schwierigen Lagen des Gefechts stets versagen, denn selbst die Todesstrafe würde nicht mehr schrecken, wenn man die Aussicht hat, durch Ungehorsam sein Leben, und sei es auch nur um Stunden, zu verlängern. Die Wirksamkeit des Befehls beruht vielmehr auf der unbedingten Subordination, welche nicht auf Furcht basiert, sondern sich gründet auf ein unbegrenztes

---

[1]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 117/118.

[2]) v. Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams, Diss., S. 1.

Vertrauen des Untergebenen auf die bessere Einsicht des Vorgesetzten und die Berechtigung der von demselben getroffenen Anordnungen einerseits und andererseits dem hieraus entspringenden Willen des Untergebenen, freiwillig den Befehlen des Vorgesetzten zu gehorchen[1]). Nur eine auf vollstem Vertrauen begründete Disziplin wird auch in schwierigen Lagen standhalten.

Das Militärstrafgesetzbuch kennt 2 Arten der Befehle, den Dienstbefehl[2]) und den Befehl in Dienstsachen[3]), ohne eine deutliche Erklärung über den Unterschied beider Begriffe zu geben; immerhin deutet die konsequent durchgeführte Unterscheidung im Militär-Strafgesetzbuch darauf hin, daß der Gesetzgeber mit den verschiedenen Bezeichnungen verschiedene Begriffe zu verbinden gewillt war[4]).

Einen Aufschluß über diesen Punkt geben uns bereits die Motive[5]), welche besagen:

„Nach militärisch-herkömmlicher Sprachweise unterscheidet sich aber der Dienstbefehl von dem Befehl in Dienstsachen dadurch, daß unter ersterem ein jeder Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten verstanden wird, letzterer nur derjenige Befehl eines dienstlich Vorgesetzten ist, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft."

---

[1]) v. Nostiz-Wallwitz a. a. O.

[2]) Militär-Strafgesetzbuch §§ 58, Ziffer 7, 94, 96.

[3]) Militär-Strafgesetzbuch §§ 47, 92, 94.

[4]) Vergl. v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 30.

[5]) Motive zum § 58 des Entwurfes zum Militär-Strafgesetzbuch.

Bezeichnet demnach der Begriff „Dienstbefehl" jeden Befehl eines militärischen Vorgesetzten, so werden wir mit M. E. Mayer[1]) unter Dienstbefehl zu verstehen haben: die militärische Anordnung im formellen, unter Befehl in Dienstsachen, die militärische Anordnung im materiellen Sinne.

Wie aus § 114 Mil. St. G. B. hervorgeht, ist der Vorgesetzte nicht befugt, Befehle in Privatangelegenheiten zu erteilen[2]), demnach bezeichnet der Befehl in Dienstsachen auch die Grenze der militärischen Gehorsams-Pflicht[3]).

Mag die Gehorsams-Verweigerung des Soldaten gegenüber einem Befehl in Privatsachen auch aus disziplinarischen Gründen strafbar sein[4]), für unsere Betrachtungen scheidet er aus, da ein rechtswidriger bindender Befehl in Privat-Angelegenheiten undenkbar ist.

Daher findet sich auch keine Bestimmung im Militär-Strafgesetzbuch, welche dem Untergebenen, der einem rechtswidrigen Befehl in Privatangelegenheiten Folge leistet, irgend welchen Schutz gewährt; vielmehr

---

[1]) M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, S. 153; Rissom, Der rechtswidrige Befehl, Militärrechtliche Studien, Festschrift z. 1. 10. 1910, S. 210; ähnlich v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 31; a. M. van Calker a. a. O., S. 100.

[2]) Vergl. v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 33.

[3]) Rissom a. a. O., S. 212.

[4]) So v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 33; a. M. Rissom a. a. O., S. 212, welcher selbst die disziplinarische Bestrafung für die Gehorsams-Verweigerung einem Befehl in Privatsachen gegenüber als unbegründet ansieht.

erscheint derselbe hier stets als voll verantwortlich, sei es als Angestifteter, Mittäter oder Gehilfe.

Als Werkzeug kommt der Angewiesene in diesem Falle nur in Betracht, wenn ihm ein Schuldausschließungs- resp. Berechtigungsgrund zur Seite steht. Die Beurteilung eines solchen Falles richtet sich also ganz nach allgemeinen Regeln.

Sahen wir oben, daß nach der materiellen Seite hin der Dienstbefehl sich entweder als „Befehl in Privatsachen" oder „Befehl in Dienstsachen" darstellt, so ergibt sich von selbst, daß wir den Begriff des „Befehls in Dienstsachen" nicht zu eng fassen dürfen, und nicht etwa denselben lediglich auf den konkreten militärischen Dienst (Reiten, Wachdienst, Exerzieren) beziehen[1]), vielmehr ist jeder Befehl, der nicht in Privatangelegenheiten ergeht, „Befehl in Dienstsachen", so daß wir denselben definieren müssen als jeden Befehl eines militärischen Vorgesetzten, der in den Bedürfnissen des Heeresdienstes wurzelt[2]). Gegenüber dem Befehl „in Dienstsachen" besteht für die Untergebenen eine unbedingte Gehorsamspflicht[3]), weshalb es einer besonderen Feststellung bedarf, wo die Grenzen derselben gegenüber solchem Befehl zu ziehen sind. Keinem Zweifel unterliegt es, daß der rechtmäßige Befehl in Dienstsachen stets eine Gehorsamspflicht auslöst, doch müssen wir untersuchen, ob auch der rechtswidrige in Dienstsachen ergehende Befehl den Untergebenen bindet.

[1]) Vergl. Rissom a. a. O., S. 218.

[2]) v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 32; v. Calker a. a. O., S. 99; Rissom a. a. O., S. 214.

[3]) Vergl. § 92 Militär-Strafgesetzbuchs.

Die Möglichkeit rechtswidriger Befehle wird vom Militärstrafgesetzbuch angenommen, wenn es im § 47 heißt:

„Wird durch einen Befehl in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt . . . . .“

Dagegen findet sich keine positive Bestimmung über die Verbindlichkeit solcher Befehle.

Wir sind deshalb gezwungen, hier zwischen den Zeilen zu lesen und mit M. E. M a y e r[1]) den Satz voranzustellen.

Ist der Untergebene für die begangene Handlung strafrechtlich verantwortlich zu machen, so ergibt sich hieraus mit Notwendigkeit die Unverbindlichkeit des Befehls.

Dagegen ist es verkehrt, von der Unverantwortlichkeit des Untergebenen auf die bindende Kraft des Befehls zu schließen.

Handelt es sich nun darum, das Prinzip des Militärstrafgesetzbuches bezüglich der bindenden Kraft rechtswidriger Befehle festzustellen, so nötigt m. E. schon die Fassung des § 47 Ziffer 1—2 Militärstrafgesetzbuches zu der Behauptung:

Rechtswidrige Befehle in Dienstsachen besässen keine bindende Kraft.

Denn es ist nicht einzusehen, und im Militärstrafgesetzbuch in keiner Weise begründet, daß die Sätze des § 47 Mil. St. G. B. gewissermaßen als Ausnahme der Regel aufgefaßt werden sollen.

---

[3]) M. E. M a y e r a. a. O., S. 135 ff.; ebenso R i s s o m a. a. O., S. 216.

In Übereinstimmung mit M. E. Mayer[1]) bin ich der Meinung, daß man die Stellung des Soldaten gegenüber Befehlen in Dienstsachen analog behandeln muß, der Stellung des Beamten gegenüber Anweisungen Vorgesetzter, und ihm daher eine Prüfung des erhaltenen Befehls nach seiner formellen Seite hin in gleicher Weise zur Pflicht machen muß wie jenem. Diese Prüfungspflicht ist nun gegenüber der des Beamten wesentlich vereinfacht, denn

I. ist prinzipiell jeder Vorgesetzte zur Befehlserteilung legitimiert. Der Befehlende muß aber einen höheren militärischen Rang bekleiden oder auf sonstige Weise (z. B. der Beritts-Gefreite) zur Erteilung von Befehlen ermächtigt sein. Hieraus ergibt sich die Unverbindlichkeit der von Nichtvorgesetzten oder Nichtmilitärpersonen erteilten Befehle. (Man denke an den Hauptmann von Köpenick.)

II. Ist der militärische Befehl an keine äußeren Form-Erfordernisse gebunden, es genügt, wenn der Wille des Vorgesetzten in irgend einer Weise verständlich gemacht wird, z. B. durch Zeichen oder Signale[2]).

III. So hat denn der Soldat lediglich zu prüfen: „Ist der mir erteilte Befehl ein „Befehl in Dienstsachen" in dem oben erläuterten Sinne[3]), denn nur ein solcher besitzt bindende Kraft.

Die Berechtigung den Befehl jedoch auch nach seiner materiellen Seite hin einer Prüfung zu unterziehen,

[1]) M. E. Mayer a. a. O.
[2]) Vergl. v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 34.
[3]) Vergl. oben, S. 58.

darf dem Soldaten niemals gestattet werden. Man denke sich einmal die Konsequenzen solcher Berechtigung. Es müßte dann ein Soldat, dem etwa im Falle eines Aufruhrs der Befehl zur Feuereröffnung erteilt würde, berechtigt sein, von seinem Vorgesetzten einen Ausweis über die Befugnis zu solchem Befehl zu verlangen. Das hieße jedoch die Disziplin völlig untergraben, und „erst die Disziplin macht, wie Graf Moltke sagt[1]), die Armee zu dem was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende, für den Frieden eine gefahrvolle Institution."

Sahen wir oben[2]), daß die Disziplin gegründet ist auf ein festes Vertrauen des Untergebenen zum Vorgesetzten, so wird auf Grund dieses Vertrauens im Falle eines rechtswidrigen Befehls der Untergebene in den weitaus meisten Fällen geneigt sein, die von dem Vorgesetzten anbefohlene Handlung für rechtmäßig zu halten, sich demnach in einem Irrtum befinden, also ohne Vorsatz tätig werden und daher als Werkzeug des Vorgesetzten straflos erscheinen[3]).

Erkennt jedoch der Soldat die Rechtswidrigkeit des erhaltenen Befehls, glaubt aber dennoch, demselben folgen zu müssen, so steht ihm auch hier ein Schuldausschließungsgrund zur Seite[4]).

---

[1]) Generalfeldmarschall Graf Moltke, Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 1. Legislaturperiode, III. Session, Sitzung 1. Juni 1872, S. 814.

[2]) Siehe oben, S. 55/56.

[3]) Vergl. oben, S. 27 ff.

[4]) Vergl. oben, S. 50 ff.

Der Grundsatz des Militär-Strafgesetzbuches „der rechtswidrige Befehl in Dienstsachen sei nicht bindend", führt logisch zu dem Resultat, daß auch der auf eine Übertretung gerichtete Befehl in Dienstsachen keine Gehorsamspflicht des Soldaten auslöst[1]). Verweigert jedoch der Soldat den Gehorsam, so wird er dies stets auf eigene Gefahr hin tun, so daß er im Falle eines Irrtums die Folgen zu tragen hat. Daher ist der Soldat auch nur verpflichtet, den Gehorsam zu verweigern, wenn sich ihm die verbrecherische Absicht des Vorgesetzten im klaren Licht zeigt[2]).

In allen anderen Fällen — das gilt insbesondere für Übertretungen — darf der Soldat seinem Vorgesetzten blindes Vertrauen entgegenbringen, ohne Gefahr zu laufen, sich einer Bestrafung auszusetzen[3]).

In den bisherigen Ausführungen über den rechtswidrigen Befehl bin ich im wesentlichen den Darlegungen von M. E. Mayer gefolgt, welche ich nur dahin ergänzen möchte, daß der rechtswidrige Befehl nicht in allen Fällen unmittelbar ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit oder eine klare Erkenntnis derselben in der Seele des Untergebenen auslösen wird, sondern daß zwischen dem blinden Vertrauen und dem völligen Mißtrauen eine ganze Reihe mehr oder minder starker Zweifel liegen, welche mit größerer oder geringerer Deutlichkeit dem Untergebenen die frevelhafte Absicht

---

[1]) So M. E. Mayer a. a. O., S. 158; a. M. v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 76; van Calker a. a. O., S 70; Girginoff a. a. O., S. 102.

[2]) Vergl. v. Nostiz-Wallwitz a. a. O., S. 58.

[3]) M. E. Mayer a. a. O., S. 156/157.

des Vorgesetzten vor Augen führen. Es ist aber ein gewaltiger Unterschied zwischen dem Zweifel an der Berechtigung des Befehls und der irrtümlichen Annahme der Berechtigung derselben. Als Irrtum bezeichnen wir eine bestimmte falsche Vorstellung, als Zweifel einen abwägenden Zustand. Allerdings muß zugegeben werden, daß ein jeder Zweifel im Ergebnis wiederum notwendig zu dem von M. E. Mayer skizzierten Resultaten führen muß.

Befindet sich der Soldat im Zweifel über die Berechtigung des erhaltenen Befehls, so ist, falls der Zweifel begründet ist, dreierlei möglich:

I. Das Vertrauen zu dem Vorgesetzten ist so stark, daß der Zweifel dadurch unterdrückt wird. Dann gerät der Untergebene in einen Irrtum über die Widerrechtlichkeit des Befehls und wird daher schuldlos als Werkzeug des Vorgesetzten tätig werden.

II. Der Zweifel ist so stark, daß er sich zur klaren Erkenntnis der verbrecherischen Absichten des Vorgesetzten auswächst. Dann ist der Untergebene gemäß § 47 Militärstrafgesetzbuches zur Gehorsams-Verweigerung verpflichtet.

III. Wie aber nun, wenn der Zweifel über das Vertrauen die Oberhand gewinnt, der Untergebene sich jedoch nicht sicher genug fühlt, den Gehorsam zu verweigern, sondern aus Furcht sich nach § 92 Mil. St. G. B. verantwortlich zu machen, den Befehl trotzdem ausführt?

Hier liegt wiederum ein Irrtum über die bindende Kraft des rechtswidrigen Befehls in dem oben erläuterten

Sinne vor, welcher daher gleichfalls als Schuldausschließungsgrund zu betrachten ist[1]).

Ergebnis.

Nach den bisherigen Darlegungen halte ich mich für berechtigt zu behaupten, daß der Begriff des menschlichen Werkzeugs vielfach in der Strafrechtswissenschaft verkannt wird, wozu wohl der Ausdruck „Werkzeug" verleitet, welcher dazu führt, das menschliche Werkzeug in allzu enge Parallele mit dem toten Werkzeug zu setzen. Da dies aber nur möglich erscheint, wenn man dem menschlichen Werkzeug den Willen entweder gänzlich abspricht, oder doch in stärkste Abhängigkeit zu dem Willen des mittelbaren Täters bringt, so wird dann regelmäßig die Willenlosigkeit des menschlichen Werkzeugs betont und der Mangel oder die Unfreiheit des Willens als Kriterium der Werkzeugs-Qualität des Menschen betrachtet. Sehr zu Unrecht, denn allgemein betrachtet ist das menschliche Werkzeug keineswegs willenlos.

Zwar muß zugegeben werden, daß der Wille der Unzurechnungsfähigen (Taubstummen, Geisteskranken, Hypnotisierten usw.) vom rechtlichen Standpunkt aus irrelevant erscheint, trotzdem wird tatsächlich ein

---

[1]) Siehe oben, S. 50.

[2]) Die Willenslosigkeit des Werkzeugs betonen u. a.: Entscheidungen des R. G. in Strafsachen, Bd. 24, S. 87; Kohler, Studium aus dem Strafrecht, S. 114; Meves, Allgem. Strafrechtszeitung, 13. Jahrgang, S. 162 Anm.; ferner Bisoukides in Festschrift f. Franz v. Liszt, S. 12; Mößmer, Mittelbare Täterschaft für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 28 S. 593; vor allem Mittermaier in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 254—55.

gewisser Wille stets vorhanden sein müssen, da ein Mensch bei vollständiger Willenlosigkeit auch als menschliches Werkzeug versagen müßte. Daß der Irrende, der in Notwehr oder Notstand Handelnde, der auf Befehl Frevelnde einen Willen besitzen, braucht bei den oben gemachten Ausführungen an dieser Stelle nicht mehr betont zu werden.

Daher werden m. E. diejenigen, welche als Kriterium des menschlichen Werkzeugs die Willenlosigkeit betrachten, stets mit Fiktionen operieren müssen, woraus dann allerhand Unklarheiten entstehen. Ich glaube indessen klargelegt zu haben, daß das einigende Band für alle Fälle des menschlichen Werkzeuges in dem Fehlen einer strafrechtlichen Schuld zu erblicken ist, und gelange daher zu dem Resultat:

„das menschliche Werkzeug handelt ohne Schuld[1]).“

[1]) Das ist nur von Binding, Grundriß, allgem. Teil, Aufl. 1906, S. 135 erkannt; richtig vielleicht noch Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, S. 368; gegen die hier vertretene Ansicht besonders Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 21, S. 254.

III.

Erörterung der Frage, ob das R. St. G. B. uns zwingt, die Möglichkeit eines „dolosen Werkzeugs“ anzunehmen.

Wenn nun die Frage aufgeworfen wird, ob ein doloses Werkzeug denkbar wäre, so müssen wir uns zunächst über den fraglichen Begriff Klarheit verschaffen. Wollte man hier unter „Dolos“ lediglich ein vorsätzlich handelndes Werkzeug verstehen, so müßte diese Frage unbedingt bejaht werden, da, wie wir sahen, in einigen Fällen das menschliche Werkzeug auch vorsätzlich handeln kann[1]).

Stellten wir indessen fest, daß auch das vorsätzlich handelnde Werkzeug wegen Fehlens einer strafrechtlichen Schuld kein Delikt begeht, und daher regelmäßig straflos bleibt, so ergibt sich, daß die Strafrechtswissenschaft mit der Bezeichnung „doloses Werkzeug“ einen andern Begriff verbindet, da das dolose Werkzeug als Gehilfe des Täters bestraft werden soll[2]).

---

[1]) Vergl. oben, S. 26.

[2]) Vergl. hierüber Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 31, S. 80 ff.; Binding, Grundriß, allgem. Teil, S. 31, Ziffer 2; Borchert, Die strafrechtliche Verantwortung S. 100; Frank, Komm., S. 86.

Wir müssen daher annehmen, daß die fragliche Bezeichnung ihre Entstehung einer Zeit verdankt, da man unter „Schuld" einen Gattungsbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit verstand und daß das Wort „dolos" das schuldhafte Handeln zum Ausdruck bringen soll. Deshalb müssen wir die hier interessierende Frage in folgende Form kleiden:

„Gibt es auch ein schuldhaft handelndes Werkzeug?"

Da, wie oben ausgeführt, gerade der Mangel an Schuld den Menschen zum Werkzeug stempelt, so erscheint die Frage auf den ersten Blick vom rein logischen Standpunkt aus so absurd, daß man sie unbedingt verneinen zu müssen glaubt.

Dagegen hat diese Behauptung in der Strafrechtswissenschaft so namhafte Vertreter gefunden, daß man nicht mit einem Achselzucken an ihr vorübergehen darf, sondern untersuchen muß, ob das bestehende Gesetz uns tatsächlich zu einer so widersinnigen Annahme zwingt.

Unter denjenigen, welche auf dem Standpunkt stehen, daß ein doloses Werkzeug denkbar sei, müssen wir zwei Gruppen unterscheiden.

I. Die erste Gruppe, welche diesen fraglichen Satz vertritt, wird gebildet aus den Anhängern der subjektiven Teilnahme-Theorie. Dadurch nämlich, daß dieselben die Unterscheidung zwischen „Täter" und „Teilnehmer" lediglich auf das subjektive Moment abstellen, erscheint es häufig unmöglich, denjenigen, der schuldhaft den Tatbestand eines Verbrechens erfüllt hat, als Täter

zu bestrafen, weil er bei Begehung der Tat mit dem animus adiutoris gehandelt hat.

In diesem Falle muß dann notwendig der Anstifter, welcher den animus domini hatte, als Täter erscheinen, während derjenige, welcher das Delikt ausgeführt hat, zum Gehilfen herabsinkt, und als doloses Werkzeug bezeichnet wird[1]).

Diesen Standpunkt vertritt vor allem das Reichsgericht, welches seine Meinung am deutlichsten in der Entscheidung in Strafsachen Bd. 31, S. 80 vom 18. März 1898 zum Ausdruck bringt. Der Sachverhalt ist kurz folgender:

Das Grundstück des G. war gerichtlich beschlagnahmt worden und sollte versteigert werden. Kurz bevor zur Versteigerung geschritten wurde, ließ der G. durch seinen Schwager M. seiner Ehefrau den Auftrag zukommen, das zu dem Grundstück gehörige Vieh und Wirtschaftsinventar nach einem andern Orte zu schaffen. Der Schwager M. und die Ehefrau des G. haben dann durch den Schuhmacher A. und seinen Knecht, die beide keine Kenntnis von der Beschlagnahme hatten, das vorhandene Vieh und Inventar fortschaffen lassen.

Das Reichsgericht nimmt hier an, daß der G. das Delikt des § 137 R. St. G. B. in mittelbarer Täterschaft begangen habe, und zwar mit folgender Begründung:

„Die Ansicht, daß der Täter durch unmittelbares körperliches Handanlegen die Sachen entfernt oder sonst

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 31, S. 80 ff.; Olshausen, Komm., § 47, Nr. 17; ferner Mößmer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 50, § 24.

der Verstrickung entzogen haben müsse, findet im Gesetz keinen Anhalt. Es müssen vielmehr bei dem § 137, wie bei den anderen Kommissiv-Delikten, die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über Täterschaft Platz greifen. Also auch die Grundsätze über die sog. mittelbare Täterschaft, nach denen auch derjenige Täter ist, der die Handlung durch Benutzung fremder körperlicher Tätigkeit ausführt, sei es, daß der andere eine unzurechnungsfähige, oder gutgläubige Person ist, die lediglich die Stelle eines Werkzeugs vertritt, sei es, daß der andere bewußt rechtswidrig handelt und doch des selbständigen Täterwillens entbehrt.

Und weiter . . . .[1]) „Indes hat doch die Vorinstanz angenommen, daß die Ehefrau nur die Tat des Ehemannes habe unterstützen wollen. Geht man hiervon aus, so ist die Annahme der Täterschaft des Ehemannes G. nicht zu beanstanden, da er nach dem festgestellten Sachverhalt vorsätzlich die Tat durch seine Ehefrau hat ausführen lassen und auch selbst durch Absendung des Boten und Erteilung des Auftrages zur Beiseiteschaffung der Sachen mitgewirkt hat."

Hier wird die subjektive Teilnahme-Theorie in ihrer reinsten Form vertreten, indem lediglich die Willensrichtung des Täters für seine Beurteilung grundlegend gemacht wird, und gerade diese irrige Theorie ist es, welche zu der widersinnigen Behauptung, daß ein doloses Werkzeug möglich sei, führt.

Dies wird auch von dem Reichsgericht in derselben Entscheidung betont. Es heißt dort:

[1]) Ebenda, S. 82.

„Wollte man dies (d. h. die Möglichkeit des schuldhaft handelnden Werkzeugs) nicht annehmen, so würde bei Delikten, an denen in der zuletzt gedachten Weise 2 Personen beteiligt sind, niemand als Täter gestraft werden können, die eine nicht, weil sie körperlich die Handlung nicht ausgeführt, die andere nicht, weil sie nicht mit Täter-Dolos gehandelt hat, sondern nur die Tat des andern hat unterstützen wollen[1])."

Haben wir oben dargelegt[2]), daß die subjektive Teilnahme-Theorie dem bestehenden Gesetz gegenüber unhaltbar ist, so verdient noch erwähnt zu werden, daß selbst das Resultat derselben keineswegs befriedigt; denn es ist m. E. nicht einzusehen, warum derjenige, der schuldhaft ein Delikt begeht, nicht auch die volle Strafe dafür erleiden soll, da es doch für die Beurteilung der Tat wahrlich keinen Unterschied ausmachen kann, ob der Täter durch Begehung derselben sich selbst oder einem anderen dienen wollte.

Vom objektiven Standpunkt aus, den wir auch zu dem unserigen gemacht haben, bietet der hier behandelte Fall gar keine Schwierigkeiten. Nach ihm ist G. der Anstifter, die Ehefrau Täter, der Schwager M. Gehilfe und die schuldlos tätig werdenden Schuhmacher A. und der Knecht erscheinen als menschliche Werkzeuge in der Hand der Ehefrau.

II. Dagegen gibt es noch Fälle im Strafrecht, in denen ein Teil der Objektivisten nicht ohne die verfängliche Annahme des dolosen Werkzeuges auskommen zu

---

[1]) Schminke, Die mittelbare Täterschaft, Diss., S. 34.
[2]) Siehe oben, S. 15 ff.

können glaubt. So führt beispielsweise Borchert aus[1]):

„Zunächst ist hier der physische Täter regelmäßig da zu strafen, wo er ebenfalls bewußt rechtswidrig als sogenanntes doloses Werkzeug gehandelt hat, und wo er nur um deswillen nicht als Täter der von dem andern veranlaßten Tat erscheint, weil er entweder ohne den für das besondere Delikt erforderlichen besonderen Tatdolos gehandelt hat, oder weil er der vom Tatbestande des betreffenden Delikts vorausgesetzten persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse des Täters, soweit überhaupt ohne solche die betreffende Tatbestandshandlung vorgenommen werden konnte, ermangelt."

Mit diesen Ausführungen gibt uns Borchert eine erschöpfende Zusammenstellung aller der Fälle, in denen ein Teil der Objektivisten nicht ohne das dolose Werkzeug auskommen zu können glaubt[2]).

Im Anschluß an Borchert sollen dieselben in 2 Gruppen geteilt werden.

Die erste bilden die sogen. „Absichtsdelikte". Diese sind dann gegeben, wenn das Verbrechen eine bestimmte Absicht fordert[3]), die Absicht aber dem zur Tat benutzten Täter mangelt, während sie bei dem Bestimmenden vorliegt.

---

[1]) Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 100; übereinstimmend Loening, Die strafrechtliche Haftung, S. 149 Anm.

[2]) Vergl. u. a. v. Liszt, Lehrbuch, S. 223; Ronde, Diss., Die mittelbare Täterschaft, 32—33; Majer, Diss., Beitrag zu der Lehre von der mittelbaren Täterschaft, S. 37.

[3]) Vergl. die §§ 242, Die Zueignungsabsicht, 268, Die Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögens-Vorteil zu verschaffen.

Die 2. Gruppe, diejenigen Delikte, welche eine gewisse Eigenschaft voraussetzen, welche nicht bei dem schuldhaft handelnden Täter, wohl aber bei dem Bestimmenden gegeben ist[1]).

Bei den vorerwähnten Absichtsdelikten müssen wir 3 verschiedene Arten auseinanderhalten:

a) die sog. Begehungs-Delikte, welche eine Zueignungsabsicht erfordern[2]);
b) die reinen Absichtsdelikte, das sind diejenigen, bei denen das Gesetz statt Vorsatz eine Absicht des Täters verlangt[3]);
c) diejenigen Delikte, bei denen eine gewisse Absicht des Täters als qualifizierendes Moment erscheint[4]).

Bei den sog. Begehungsdelikten glaubt eine Reihe der Objektivisten den Begriff der mittelbaren Täterschaft insofern erweitern zu müssen, als hier der Bestimmende als Täter, der Bestimmte als doloses Werkzeug anzusprechen sei.

So führt beispielsweise v. Liszt[5]) aus, daß der A., welcher auf Veranlassung von B. schuldhaft eine dem C. gehörige Sache diesem wegnimmt und sie dem B. aushändigt, nur als Werkzeug aufgefaßt werden könne, da er eine eigene Zueignungsabsicht nicht gehabt habe.

Dieser Standpunkt ist irrig. Denn der Umstand, daß A. den Besitz der entwendeten Sache auf B. über-

---

[1]) § 300 R. St. G. B., § 331 ff.
[2]) § 242 ff. R. St. G. B.
[3]) §§ 263, 267 R. St. G. B.
[4]) §§ 268, 307 Ziffer 2 R. St. G. B.
[5]) von Liszt, Lehrbuch, S. 223; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 39, S. 87 ff.

trägt, stellt sich vom Standpunkte des A. betrachtet als eine Verfügung dar, in welcher der Herrscherwille des A. über die entwendete Sache zum Ausdruck kommt, woraus sich mit Notwendigkeit auch eine Zueignungsabsicht des A. ergibt[1]).

Auch der zweite Fall bietet für die Beurteilung keine Schwierigkeiten. Man vergleiche einerseits den § 263 R. St. G. B., welcher auch die Absicht, einem andern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, für den Tatbestand des Delikts für ausreichend erachtet, und andererseits die §§ 265 und 267 R. St. G. B., in denen nur eine betrügerische resp. rechtswidrige Absicht erfordert wird, welche man dem in Kenntnis der betrügerischen oder rechtswidrigen Absicht des Bestimmenden handelnden Bestimmten ohne weiteres unterstellen muß.

Um nun in die letzte Gruppe, welche aus denjenigen Delikten gebildet wird, bei denen eine bestimmte Absicht des Täters als qualifizierendes Moment erscheint, Klarheit zu bringen, vernotwendigt es sich wiederum 2 Fälle auseinanderzuhalten.

I. Der ohne eigene qualifizierende Absicht handelnde Täter führt das Delikt aus in Kenntnis der qualifizierenden Absicht des Bestimmenden.

Hier ist zu behaupten, daß derjenige, der ungezwungen in Kenntnis der qualifizierenden Absicht des Bestim-

---

[1]) So Wachenfeld in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. 2, S. 272; ebenso Frank, Komm., S. 87, wenn er sagt: Vielmehr ist mit Wachenfeld zu behaupten, daß die Absicht, die Sache an einen Dritten weiterzugeben, notwendig die Absicht in sich schließt, sich dieselbe zuzueignen.

menden tätig wird, dessen Absicht sich selbst zu eigen macht, so daß er den Tatbestand des betreffenden Delikts (qualifizierte Urkundenfälschung oder Brandstiftung) durch eigene Tätigkeit erfüllt und somit zum Täter, der Bestimmende zum Anstifter wird.

II. Anders werden wir dagegen in dem zweiten Falle zu entscheiden haben, wenn der Bestimmte in Unkenntnis der qualifizierenden Absicht des Bestimmenden handelt. Diesen Fall hat Beling[1]) im Auge, wenn er ausführt:

„A. veranlaßt den B. zu einer Brandstiftung in der Absicht, daß der in dem Hause befindliche C. in den Flammen umkommt, während der B. diese Absicht nicht kennt, ja nicht einmal weiß, daß der C. in dem Hause sich befindet. Hier müßte nach der Theorie der mittelbaren Täterschaft durch ein doloses Werkzeug der A. als Täter, der B. als Gehilfe strafbar werden[2]). Beling[3]) weist mit Recht darauf hin, daß der vorsätzliche Brandstifter im Sinne des § 306 R. St. G. B. unbedingt Brandstiftungshaupttäter ist und dadurch nicht in die Kategorie der Gehilfen herabsinken kann, daß der Anstifter die in § 307/2 R. St. G. B. als qualifizierendes Moment verwendete Absicht hat. Hier muß daran

---

[1]) Beling, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 28, S. 592.

[2]) So Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 3, S. 95; ebenso Olshausen, Komm., § 97, Nr. 17; Mößmer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 50, § 24.

[3]) Beling a. a. O.; in Übereinstimmung Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. II, S. 272; Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 251.

festgehalten werden, daß der B. als Täter nur soweit in Frage kommt, als sein Verschulden reicht; soweit er schuldlos gehandelt hat, also bezüglich der qualifizierenden Absicht des Täters, ist er als dessen Werkzeug anzusehen. Demnach hat sich der A. einer Anstiftung nach dem Delikt des § 306 R. St. G. B. in Idealkonkurrenz mit Täterschaft nach § 307/2 R. St. G. B. schuldig gemacht, würde also als Täter nach § 307/2 R. St. G. B. der B. als Täter nach § 306 R. St. G. B. strafbar werden.

So bleibt denn nun noch die Erörterung der zweiten Gruppe übrig, welche in Anlehnung an Borchert[1]) unsererseits aufgestellt ist, das sind die sog. „Sonderdelikte“[2]), welche eine bestimmte Eigenschaft des Täters voraussetzen, und diese zwar nicht bei dem schuldhaft handelnden Bestimmten, wohl aber bei dem Bestimmenden gegeben ist.

Als Sonderdelikte kennt das R. St. G. B. die Beamten-Delikte[3]) und die hier zu erörternde Frage lautet:

Kann ein Beamter durch einen schuldhaft handelnden Nichtbeamten in mittelbarer Täterschaft ein Beamten-Delikt begehen?

In konsequenter Durchführung seiner Theorie wird dies vom Reichsgericht[4]) ohne weiteres angenommen, und diese Behauptung findet sonderbarerweise einen

[1]) Vergl. oben, S. 70.
[2]) Frank, Komm., S. 86.
[3]) §§ 300, 331 ff. R. St. G. B.
[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 28, S. 109.

Verfechter in Frank[1]), welcher ausführt, daß bei den Sonderdelikten das Gebiet der mittelbaren Täterschaft ausgedehnt werden müsse. Hier stände der Umstand, daß die Mittelsperson zurechnungsfähig sei und vorsätzlich (also schuldhaft) handele, der mittelbaren Täterschaft nicht im Wege[2]).

Zur Begründung seiner Behauptung führt Frank[3]) aus: „Diese Erweiterung sei deshalb nötig, weil sonst bei den Sonderdelikten der potentielle Täter die Möglichkeit hätte, jede Verantwortung abzuwenden, sofern er nur jemanden fände, der sich zur unmittelbaren Täterhandlung hergibt."

Aus diesen Worten geht klar hervor, daß Frank sich lediglich aus praktischen Erwägungen heraus zu seiner verfänglichen Behauptung bestimmen ließ, womit er selbst auf jede wissenschaftliche Begründung verzichtet.

Hier muß mit Entschiedenheit der Ansicht Wachenfelds[4]) beigetreten werden, daß die Mittelsperson niemals als Werkzeug betrachtet werden kann, wenn sie weder getäuscht, noch gezwungen, sondern im vollen Bewußtsein ihres Tuens und mit der Möglichkeit, ihren Willen in anderer Weise zu betätigen, gehandelt hat. Wir müssen daher, wenn ein Beamter durch einen

---

[1]) Frank, Komm., S. 86.

[2]) Im wesentlichen übereinstimmend: Loening, Die strafrechtliche Haftung, S. 149 Anm.; Nagler, Die Teilnahme an Sonderverbrechen, S. 70.

[3]) Frank, Komm. a. a. O.

[4]) Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, S. 272; übereinstimmend: Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 21, S. 257.

Nichtbeamten eine Falschbeurkundung vornehmen läßt, welcher die Unwahrheit des Eingetragenen kennt, den Beamten als Anstifter zu dem Delikt aus § 267 R. St. G. B. und den Nichtbeamten als Täter strafen, und nicht wie Frank[1]) behauptet, den Beamten als mittelbaren Täter nach § 348 R. St. G. B., den Nichtbeamten als Gehilfen zur Verantwortung ziehen.

Es mag Frank zugegeben werden, daß vom rein menschlichen Standpunkt aus das richtige Resultat, den bestimmenden Beamten lediglich als Anstifter zu dem Delikt aus § 267 R. St. G. B. zu bestrafen, nicht ganz befriedigt, und es mag ratsam erscheinen, diesen offenbaren Mangel im Gesetz bei Fixierung der zu erwartenden Strafrechtsnovelle zu berücksichtigen.

Nach bestehendem Gesetz wird jedoch in den hier erörterten Fällen der Tatbestand völlig durch § 48 R. St. G. B. gedeckt[2]), weshalb wir es ablehnen müssen, daß aus irgend welchen unwissenschaftlichen Erwägungen heraus Begriffe in das Strafrecht eingeführt werden, welche im Gesetz keinerlei Begründung finden[3]).

Zum Schluß verdient noch erwähnt zu werden, daß das Mil. St. G. B. scheinbar in dem § 47 den Unter-

---

[1]) Frank, Komm. a. a. O.

[2]) Vergl. Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 21, S. 257.

[3]) Im Ergebnis übereinstimmend: Wachenfeld a. a. O., S. 272; Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 255; von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. 2, S. 627; von Helldorf, Die mittelbare Täterschaft, S. 21 ff.; im wesentlichen auch Frank, Komm., S. 86, mit Ausnahme bei den Sonderdelikten (s. oben, S. 76); ferner: Meves Deutsche Strafrechtszeitung, 13. Jahrgang v. 1873, S. 162, Anm. 1

gebenen, welcher trotz klarer Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Befehls denselben ausführt, als doloses Werkzeug betrachtet. Denn es heißt dort: „Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers

a) wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat,
b) oder wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Vergehen bezweckt.

Die Konsequenz, daß hier ein doloses Werkzeug anzunehmen sei, ist von der Strafrechtswissenschaft auch tatsächlich gezogen worden[1]).

Es ist aber m. E. gar nicht einzusehen, warum das Mil. St. G. B. hier einen dem R. St. G. B. unbekannten Begriff prägen sollte. Auch geht aus dem Wortlaut des § 47 nur hervor, daß der Untergebene als Teilnehmer b e s t r a f t, nicht daß er als solcher angesehen werden soll. Der Untergebene ist in diesem Falle nach Mil. St. G. B., ebenso wie nach R. St. G. B. entweder Angestifteter oder Mittäter oder Gehilfe. Aus dem § 47 ist lediglich das Prinzip zu erkennen, daß der Untergebene in solchem Fall milder bestraft werden soll, als der Vorgesetzte, ein Prinzip, welches sich gründet auf eine Berücksichtigung der Disziplin.

[1]) So M a y e r - A l l f e l d, Lehrbuch I, S. 197.